كتاب الطهارات ١ كتاب الصلوة ١٥ كتاب الزكوة ٤٠

كتاب الصوم ٥١ كتاب الحج ٥٨ كتاب النكاح ٨٣

كتاب الرضاع ٩٩ كتاب الطلاق ١٠٠ كتاب العتاق ١٣٠

كتاب الايمان ١٤٦ كتاب الحدود ١٥٦ كتاب السرقة ١٦٨

كتاب السير ١٧٦ كتاب اللقيط ١٩٤ كتاب اللقطة ١٩٥

كتاب الاباق ١٩٧ كتاب المفقود ١٩٨ كتاب الشركة ١٩٩

كتاب الوقف ٢٠٤ كتاب البيوع ٢٠٩ كتاب الصرف ٢٣٥

كتاب الكفالة ٢٣٨ كتاب الحوالة ٢٤٣ كتاب ادب القاضي ٢٤٣

كتاب الشهادة ٢٥٠ كتاب الرجوع عن الشهادة ٢٥٧ كتاب الوكالة ٢٥٩

كتاب الدعوى ٢٦٧ كتاب الاقرار ٢٧٦ كتاب الصلح ٢٨٤

كتاب المضاربة ٢٨٩ كتاب الوديعة ٢٩٥ كتاب العارية ٢٩٧

كتاب الهبة ٢٩٩ كتاب الاجارات ٣٠٣ كتاب المكاتب ٣١١

صاحب الهداية الامام الجليل والهمام النفيس

كتاب الولاء ٣١٦ كتاب الاكراه ٣٢٠

كتاب الحجر ٣٢٣ كتاب المأذون ٣٢٦

كتاب الغصب ٣٣٠ كتاب الشفعة ٣٣٥

كتاب القسمة ٣٤٢ كتاب المزارعة ٣٤٧

كتاب المساقات ٣٤٩ كتاب الذبائح ٣٥١

كتاب الاضحية ٣٥٥ كتاب الكراهية ٣٥٩

كتاب احياء الموات ٣٧٠ كتاب الاشربة ٣٧٥

كتاب الصيد ٣٧٦ كتاب الرهن ٣٨٥

كتاب الجنايات ٤٠٢ كتاب الديات ٤١١

كتاب المعاقل ٤٣٠ كتاب الوصايا ٤٣٦

كتاب الخنثى ٤٥٣ تمت

فائدة في اداب صاحب الهداية

من اداب صاحب الهداية انه اذا قال هذا الحديث محمول على المعنى الفلاني يريد به قد حمله على هذا المعنى واذا قال يحمل يريد به انه يحمل على هذا ولم يحمل اهل الحديث ومن آدابه انه يقول لما بينا في الدليل العقلي ولما تلونا في الدليل الثابت بالكتاب ولما رويناه في الثابت بالسنة ولما ذكرنا في الثابت بقول الصحابي وقد لا يفرق بين الاثر والخبر ويقول فيهما ولما ذكرنا فيما هو اعم ومن آدابه انه لا يذكر الفاء في جواب اما اعتمادا لظهور المعنى ومن آدابه ايضا اذا اورد النظير بمسئلة ثم اشار الى النظير باسماء الاشارات التي تستعمل للبعد ولى المسئلة بالتي للقرب ومن آدابه انه يعبر عن الدليل العقلي بالفقه ويقول والفقه فيه كذا ومن آدابه انه اذا قال عن فلان يريد به الرواية عن ذلك الفلان واذا قال عند فلان يريد به انه مذهبه ومن آدابه ان يرمي الجواب الآخر كما بينا ومن عادته انه يذكر قدام لفظه لفظة قال رحمه الله او مثله يريد به نفسه ولم يذكره بصيغة المتكلم احترازا عن الانانية ومن عادته ان يذكر اولا مسائل القدوري ثم يذكر مسائل الجامع الصغير في اواخر الابواب ومن آدابه انه اذا كان نوع مخالفة بين عبارة القدوري وعبارة الجامع الصغير يصرح بلفظ جامع الصغير ومن آدابه انه يجيب السؤال المقدر ولا يقول فان قيل كذا قلنا كذا نعم الا ذكر في المجلد الاخير في ثلثة مواضع فان قيل قلنا صريحا

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعائر الشرع واحكامه وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين الى سبيل الحق هادين واخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يوثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه فى ذلك وهو ولى الارشاد وخص اوايل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسايل من كل جلى ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد فى مبدا بداية المبتدى ان اشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا ارسمه بكفاية المنتهى فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكى عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح اخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوايد فى كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقنى لاتمامها ويختم لى بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب فى الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سالنى بعض اخوانى ان املى عليهم المجموع الثانى فافتتحته مستعينا بالله تعالى فى تحرير ما اقاوله متضرعا اليه فى التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الاية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل

هو

هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان فى الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل فى الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفى باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتى هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض فى مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة رضى الله عنه ان النبى عليه السلام اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى التقدير بثلث شعرات وعلى مالك فى اشتراط الاستيعاب وفى بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلث اصابع من اصابع اليد لانه اكثر ما هو الاصل فى الة المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضى من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده فى الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدرى اين باتت يده ولان اليد الة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به فى التنظيف قال وتسمية الله تعالى فى ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد به نفى الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها فى الكتاب سنة ويسمى قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكى عن وضوئه عليه السلام قال ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس خلافا للشافعى رحمه الله لقوله عليه السلام الاذنان من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبى عليه السلام امره جبرئيل عليه السلام

بذلك وقيل هو سنة عند ابى يوسف رح جايز عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السنة
اكمال الفرض فى محله وداخل اللحية ليس بمحل له وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام
خللوا اصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض فى محله قال وتكرار
الغسل الى الثلث لان النبى عليه السلام توضأ مرة مرة فقال هذا وضوء من لا يقبل
الله تعالى الصلوة الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف له
الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئى ووضوء الانبياء من قبلى فمن
زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة قال ويستحب
للمتوضى ان ينوى الطهارة فالنية فى الوضوء سنة عندنا وعند الشافعى رحمه الله فرض
لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا
للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا
فى حالة ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد قال ويستوعب راسه بالمسح
وهو سنة وقال الشافعى رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول
ولنا ان انسا رضى الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح براسه مرة واحدة وقال هذا
وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد
وهو مشروع على ما روى عن ابى حنيفة رحمه الله ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير
غسلا فلا يكون مسنونا وصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار قال
ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن فالترتيب فى الوضوء سنة عندنا
وقال الشافعى رحمه الله فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الاية والفاء للتعقيب
ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضى
اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله تعالى
يحب التيامن فى كل شىء حتى التنعل والترجل قال والمعانى الناقضة للوضوء
كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله
عليه السلام وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة فيتناول المعتاد

فصل فى نواقض الوضوء

وغيره

وغيره والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير
قال والقىء ملاء الفم وقال الشافعى رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض
الوضوء لما روى عن النبى عليه السلام انه قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع
الاصابة امر تعبدى فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا
قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سايل وقوله عليه السلام من قاء او رعف
فى صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم ولان
خروج النجاسة مؤثر فى زوال الطهارة وهذا القدر فى الاصل معقول والاقتصار
على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدى الاول غير
ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملاء الفم
فى القىء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة فى محلها فتكون بادية لا خارجة
بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور
على الانتقال والخروج قال وملاء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه
الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القىء
وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق
قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس فى القطرة والقطرتين
من الدم وضوء الا ان يكون سايلا وقول على رضى الله عنه حين عد الاحداث
جملة او دسعة تملاء الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعى رحمه الله
على القليل وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين قدمناه قال
ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملاء الفم فعند ابى يوسف رح يعتبر اتحاد
المجلس وعند محمد رح يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا
لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابى يوسف وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث
لا ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان قاء بلغما
فغير ناقض عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح ناقض اذا كان

ملأ الفم والخلاف في المرتقي من الجوف واما النازل من الراس فغير ناقض
بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف انه نجس بالمجاورة ولهما
انه لزج لا يتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض
قال ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملأ الفم لانه سوداء محترقة وان
كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه
ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في
الجوف قال ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله
الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج قال والنوم مضطجعا او متكئا
او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى
عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة
لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير
ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود
في الصلوة وغيرها هو الصحيح لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم
الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا
او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله
والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء
حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالنص والاغماء فوقه
فلا يقاس عليه قال والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس
ان لا تنقض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم تكن حدثا
في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله عليه السلام الا من ضحك
منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد
في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا
له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء قال والدابة تخرج

من الدبر

من الدبر ناقض فان خرجت من راس الجرح او سقط اللحم لا ينقض الوضوء والمراد بالدابة
الدودة وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما
فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة والذكر لانها لا تنبعث
عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر
فان قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن راس الجرح نقض وان لم يسل
لا ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة
الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا
فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض
لانه مخرج وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة
والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه السلام
عشر من الفطرة اي السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء
ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما
يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة
سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل
النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على
راسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة
رضي الله عنها اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع
الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر ويبدأ بازالة النجاسة
الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها
في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك
اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه
لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني الموجبة للغسل انزال

المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي
رحمه الله خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل
من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني
على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج
عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة
وعند ابي يوسف رحمه الله ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما
ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال
لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه
سبب للانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا
الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة
وما دون الفرج لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد
وكذا النفاس بالاجماع وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين
وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد رحمه الله
الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رحمه الله هو واجب لقوله عليه السلام
من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا
الغسل للصلوة عند ابي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت
واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما
الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه
في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله
عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق
منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق
يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن عائشة

رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار
والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور
لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه
ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول
الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء الاربعة تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص
عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره
في جوامع ابي يوسف رحمه الله وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز
بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الباقلى
والمرق وماء الورد وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلى ما تغير بالطبخ وان
تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به وتجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير
احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران او الصابون او
الاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي
عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام
السرخسي رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه
مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء
الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى
انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين
ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر
الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد
ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار
غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه لان
الميت يغسل بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب ذلك

على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه • وكل ماء وقعت فيه نجاسة
لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير احد
اوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه السلام
اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله
عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل
والذي رواه مالك ورد في بير بضاعة وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه
الشافعي رح ضعفه ابو داود رح او هو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري
اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر
هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة
• والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك طرفه الاخر اذا وقعت نجاسة في احد
جانبيه جاز الوضوء من جانب الاخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك
في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو
قول ابي يوسف رح وعنه بالتحريك باليد وعن محمد رح بالتوضي ووجه الاول ان الحاجة
اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس
توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى • والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر
بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الاخر اشارة الى انه
يتنجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتنجس الا بظهور النجاسة فيه
كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سايلة في الماء لا ينجسه كالبق
والذباب والزنابير والعقرب ونحوه وقال الشافعي رحمه الله يفسده لان التحريم
لا بطريق الكرامة اية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا
قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس اختلاط
الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة
ليست من ضرورتها النجاسة كالطين • وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك

والضفدع

والضفدع والسرطان وقال الشافعي رح يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات
في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال مخها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا
يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل
لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري مفسد
لوجود الدم وعدم المعدن • وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء
والمائي المعاش دون مائي المولد مفسد • قال والماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا
لمالك والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع
وقال زفر رح وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان
كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا
وطهورا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء
الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله هو طاهر غير
طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت
صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام
لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر
بماء ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رح نجاسته غليظة
اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية ابي يوسف رح خفيفة وهو قوله خفيفة
لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه
القربة قال رضي الله عنه وهذا قول ابي يوسف رح وقيل هو قول ابي حنيفة رح ايضا
وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة
الاثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت
الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا
لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده • والجنب
اذا انغمس في البير لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط

عنده لاسقاط الفرض والماء نجس لعدم الامرين وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم
اشتراط الصب عنده والماء لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط
الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده
نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال
قبل الانفصال وهذا اوفق الروايات عنه ● وكل اهاب دبغ فقد طهر
جازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ
فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة
بالاهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه
ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس
منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما روينا ● ثم ما يمنع النتن
والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط
غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة
وكذلك يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا ● وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رحمه الله
نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتالم بقطعهما فلا يحلهما
الموت اذ الموت زوال الحيوة ● وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس
لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على
نجاسته

فصل في البئر

اذا وقعت في البئر نجاسة نزحت
وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع
الاثار دون القياس ● فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد
الماء استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان
ابار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل
القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله
وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر

لان الضرورة تشمل الكل ● وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة
ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين ● وان وقع فيها خرء الحمام او العصفور
لا يفسده خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحال الى فساد فاشبه خرء الدجاج ولنا
اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن
رائحة فاشبه الحماة ● فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل
لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها
ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل
الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي انه عرف شفاءهم فيه وحيا
● ثم عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض
عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة وعند محمد رحمه الله يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده
● وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون
دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه
انه قال في الفارة اذا ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفور
ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذ حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق
الاستحباب ● فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين
الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد
الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا
لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ● ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى
منها وقيل دلو يسع فيه صاع ● ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز
لحصول المقصود ● وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس
وابن الزبير رضي الله عنهم افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم ●●

فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء
الماء ● وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق
معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلي
او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد
القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف
وعن محمد رحمه الله نزح مائتا دلو الى ثلثمائة فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة في الجامع
الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه وقيل يؤخذ
بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه ● وان وجدوا في البئر فارة
او غيرها لا يدرون متى وقعت ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا
كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت
لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي
حنيفة ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ
دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم
وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي
على هذا الخلاف فيقدر بالثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمرأى
عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان

فصل في الاسآر وغيرها

وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه ● وسؤر الادمي
وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب
الجنب والحائض والكافر ● وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله
عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما
تنجس الاناء فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي
في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سؤره وهو دونه

اولى

اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء ● وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين
على ما مر ● وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير
لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب ● وسؤر الهرة طاهر مكروه
وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ
به ولهما قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان الحكم دون الخلقة الا انه سقطت النجاسة
لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته
لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب
من التحريم ● ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها
فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار الصب
للضرورة ● وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة
بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدمها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر
سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت محبوسة
يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية ● وسؤر
ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر
الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف وبقيت الكراهة والتنبيه على العلة
في الهرة ● وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان
طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه
لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز
الصلوة وان فحش فكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب
الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة رضي الله عنهم
في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة
والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم
ويجوز ايهما قدم وقال زفر رحمه الله لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء

واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب

قال وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه

• فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رضي الله عنه يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة

الجن فان النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رحمه الله

يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي عملا باية التيمم لانها

اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رحمه الله يتوضأ به

ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن

كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم

وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل

لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء

وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا

الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده وعند محمد

لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده • ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية

القياس والله اعلم

باب التيمم

ومن لم يجد ماء وهو مسافر او خارج

المصر وبينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء

• والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر

المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله • ولو كان يجد الماء الا انه مريض

فخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر

في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك

او بالاستعمال واعتبر الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص • ولو خاف

الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر

لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة

نادر

نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره • والتيمم ضربتان يمسح

باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه

وضربة لليدين الى المرفقين • وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة

• ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع

وينزع الخاتم ليتم المسح • والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي

ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد

الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم

• ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل

والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب

والرمل وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا

طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس رضي الله عنهما غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث

الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر

فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع • ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار

عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا • وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد

رحمهما الله لانه تراب رقيق • والنية فرض في التيمم وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء

فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة

مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر • ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة

اجزاه ولا تشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب • فان تيمم نصراني

يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس

بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة

لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة

مقصودة لا تصح بدون الطهارة • وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ

خلافا للشافعي رح بناء على اشتراط النية • فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم
فهو على تيممه وقال زفر رح بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء
كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض
على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية منه • وينقض التيمم كل شيء ينقض
الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه • وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان
القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب • وخائف السبع والعدو
والعطش عاجز حكما • والنائم عند ابي حنيفة رح قادر تقديرا والمراد ما يكفي للوضوء
لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء • ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر
ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء • ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان
يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين
وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في غير رواية الاصول ان التاخير
حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين
مثله • ويصلي بتيممه ما شاء من الفرايض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض
لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه • والتيمم
للصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته
الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة
ان يفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد • وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات
في حقه • وان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان
الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع
بالوضوء • ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون
واجدا للماء في صلوته فيفسد • ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان

ادرك

فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد
• وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لان الفوت
الى خلف وهو القضاء • والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه
او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت وبعده سواء وله انه واجد للماء فصار كما اذا
كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما
انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال
ومسألة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف
والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه
ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا •
وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل
ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته • وان كان مع رفيقه ماء
طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق العجز • ولو تيمم قبل الطلب
اجزأه عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول
عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه
تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره
كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث
موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء
لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر لان الخف عهد
مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم
اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط
الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه

ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ● ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها ● قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فتعتبر المدة من وقت المنع ● والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيرة ان النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ● ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع ● والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل ● وفرض ذلك مقدار ثلثة من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح ● ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه مقدار ثلثة اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج ● والكثير ان ينكشف قدر ثلثة اصابع من اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ● ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر

عادة

عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر ● وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء ● وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا ● واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل مضي المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ● ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ● ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه ● وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ● ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي عليه السلام مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ● ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ● ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عليه السلام مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكنه مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ● ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ● ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عليه السلام فعله وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج

فى نزع الخف فكان اولى بشرع المسح • ويكتفى بالمسح على اكثره ذكره الحسن رحمه الله ولا يتوقت
لعدم التوقيف بالتوقيت • فان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان
العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا • وان سقطت عن برء
بطل لزوال العذر وان كان فى الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل والله اعلم

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام اقل الحيض
للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعى فى التقدير
بيوم وليلة وعن ابى يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا
هذا نقص عن تقدير الشرع • واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة لما روينا وهو
حجة على الشافعى فى التقدير بخمسة عشر ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق
غيره به • وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال
ابو يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة
عن الصافى ولهما ما روى ان عائشة رضى الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا
وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها
• واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا وتحمل على فساد
الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت فلا تكون حيضا قال
والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضى الصيام ولا تقضى الصلوات
لقول عائشة رضى الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من
حيضها تقضى الصيام ولا تقضى الصلوات ولان فى قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها
ولا حرج فى قضاء الصوم • ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه السلام فانى لا احل
المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعى فى اباحة الدخول على وجه العبور
والمرور • ولا تطوف بالبيت لان الطواف فى المسجد ولا ياتيها زوجها لقوله تعالى
ولا تقربوهن حتى يطهرن • وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القران لقوله عليه السلام

لا تقرأ

لا تقرأ الحائض والجنب شيئا من القران وهو حجة على مالك فى الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون
الاية فيكون حجة على الطحاوى رحمه الله فى اباحته • وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم
فيه سورة من القران الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القران
الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان فى حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان فى حكم القراءة • وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز
هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص فى مسها
بالكم لان فيه ضرورة • ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان فى المنع تضييع حفظ القران
وفى الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال • واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة
ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح
جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال
والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا فى ذمتها فطهرت حكما • ولو كان انقطع الدم دون
عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضى عادتها وان اغتسلت لان العود فى العادة غالب
فكان الاحتياط فى الاجتناب • وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض
لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهى فى القراءة بالتشديد قال • والطهر اذا تخلل
بين الدمين فى مدة الحيض فهو كالدم المتوالى قال رضى الله عنه وهذه احدى الروايات عن ابى حنيفة
ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله واخره كالنصاب فى باب الزكوة وعن
ابى يوسف وهو رواية عن ابى حنيفة وقيل هو اخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر لا يفصل
وهو كله كالدم المتوالى لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف
فى كتاب الحيض • واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله وانه لا يعرف
الا توقيفا • ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر
بها الدم واحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك فى كتاب الحيض • ودم الاستحاضة كالرعاف
لا يمنع الصوم ولا الصلوة ولا الوطى لقوله عليه السلام توضئى وصلى وان قطر
الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطى بنتيجة الاجماع • ولو زاد الدم

على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذى زاد استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به • وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقى استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذى لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء فى الوقت ما شاؤا من الفرايض والنوافل وقال الشافعى رحمه الله تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اى وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه • فاذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند الثلثة رحمهم الله وقال زفر استأنفوا اذا دخل الوقت • فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت بالحدث السابق عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابى يوسف رحمه الله وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافى للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابى يوسف رحمه الله ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلى الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى • ولو توضأ مرة للظهر فى وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلى العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هى التى لا يمضى عليها وقت صلوة الا والحدث الذى ابتليت به يوجد فيه • وكذلك كل من هو فى معناها

في معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهى تعم الكل

فصل فى النفاس والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم • والدم الذى تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعى رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس والسقط الذى استبان بعض خلقه ولد حتى تصير نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضى به • واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض • واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضى الله عنها ان النبى عليه السلام وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اعتبار الستين • وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا • فان ولدت ولدين فى بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير وهو قول زفر رحمه الله لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضى العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع والله اعلم

باب الانجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلى وثوبه والمكان الذى يصلى عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا فى الثوب وجب فى البدن والمكان لان الاستعمال فى حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعى رحمهم الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس

باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان
المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء
النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحد
الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء • واذا اصاب الخف
نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان
وقال محمد لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف
والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض
فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف
فاذا زال زال ما قام به • وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق
ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله • فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل
ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من التراب
والرمل والرماد جرم له • والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله
يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل • والمني نجس يجب غسله رطبا
فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان
رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رحمه الله المني طاهر والحجة عليه ما رويناه
وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني • ولو اصاب البدن قال
مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر لان حرارة البدن
جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه • والنجاسة اذا اصابت المرآة او
السيف اكتفى بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح • وان اصابت
الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض
يبسها وانما لا يجوز التيمم لان الطهارة بالصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا يتأدى

بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج
وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة
وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه
فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء • ثم يروى اعتبار الدرهم
من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير
المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية
في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به • وان
كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب ويروى ذلك عن ابي حنيفة
لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى
ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص
وعن ابي يوسف رحمه الله شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان
الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين • واذا اصاب الثوب
من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لان
النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس
او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه
حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء
الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في
النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول
اللحم وغير مأكول اللحم وزفر رحمه الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رحمه الله في غير مأكول اللحم
ووافقهما في المأكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش
لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف يروى • وان اصابه
بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يمنع
وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي يوسف رحمه الله ولحمه

ماكول عندهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فالتخفيف لتعارض الآثار • وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة • ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه • وان اصابه من دم السمك ومن لعاب البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر • فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه • قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزواله الا ان يبقى من اثره ما يشق ازالته لان الحرج موضوع وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه • ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود • وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من الثلث لقوله عليه السلام فليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع • وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب

وقيل

وقيل سنة في زماننا • ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع • ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع • ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن • ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين والله اعلم

كتاب الصلوة

باب مواقيت الصلوة

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبرائيل عليه السلام فانه ام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها • واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبرائيل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة رحمه الله اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار ظل كل شيء مثله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبرائيل عليه السلام في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك • واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها • واول وقت المغرب اذا غربت الشمس

وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رح مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان
جبرائيل عليه السلام امّ في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام اول وقت المغرب
حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة • ثم الشفق
هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رح وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح
وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام الشفق الحمرة ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب
اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطأ وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم • واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم
يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رح في تقديره
بذهاب ثلث الليل • واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام
في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما وقته
وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

فصل

ويستحب الاسفار بالفجر لقوله
عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي رح يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة
عليه ما رويناه وما نرويه قال والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء
لما روينا ولرواية انس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان اذا كان في الشتاء بكّر بالظهر واذا كان
في الصيف ابرد بها • وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل
لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين وهو الصحيح والتأخير
اليه مكروه • ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه
السلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء قال وتأخير العشاء الى
ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه
قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل مباح لان
دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحد فتثبت الاباحة
والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله • ويستحب الوتر
لمن يألف صلوة الليل ان يؤخرها الى آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله

عليه السلام من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل
• واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها
لان في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت
المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة رح التأخير في الكل للاحتياط
الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة

لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة
رضي الله عنه قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر
فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيفت للغروب
حتى تغرب والمراد بقوله وان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة
على الشافعي رح في تخصيص الفرائض وبمكة وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة
وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا • ولا سجدة تلاوة لانها في معنى
الصلوة • الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل
لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاضٍ واذا كان كذلك فقد
اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا يتأدى بالناقص قال
رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو
صلوها فيه او تلا سجدة فيه فسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور
الجنازة والتلاوة • ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب
الشمس لما روي انه عليه السلام نهى عن ذلك ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين
الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير
الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب بعينه
كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي
الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة
المؤدى • ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلام لم يزد

عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب • ولا
اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوة الخمس والجمعة
للنقل المتواتر • وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه
وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعى رحمه الله فيه ذلك
لحديث ابى محذورة ان النبى عليه السلام امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع فى المشاهير وكان ما
رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد فى اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا
رضى الله عنه قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبى عليه السلام راقدا فقال ما احسن
هذا اجعله فى اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة • والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد
فيها بعد الفلاح قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور وهو حجة
على الشافعى رحمه الله فى قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة • ويترسل فى الاذان
ويحدر فى الاقامة لقوله عليه السلام لبلال اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان
الاستحباب • ويستقبل بهما القبلة لان النازل من السماء اذن مستقبل القبلة •
ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح
يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم وان استدار فى صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع
تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما
من غير حاجة فلا • والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه فى اذنيه بذلك امر النبى عليه السلام بلالا
رضى الله عنه ولانه ابلغ فى الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية والتثويب فى
الفجر حى على الصلوة حى على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره فى ساير الصلوات
ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة
بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه فى الصلوات
كلها لظهور التوانى فى الامور الدينية وقال ابو يوسف رحمه الله لا ارى باسا ان يقول المؤذن
للامير فى الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حى على الصلوة حى على الفلاح

الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله لان الناس سواسية فى امر الجماعة وابو يوسف رحمه الله
خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضى والمفتى •
ويجلس بين الاذان والاقامة الا فى المغرب وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يجلس فى المغرب
ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات
الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابى حنيفة رحمه الله ان التاخير مكروه فيكتفى بادنى
الفصل احترازا عنه والمكان فى مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك
الخطبة وقال الشافعى يفصل بركعتين اعتبارا بساير الصلوات والفرق قد ذكرناه
قال يعقوب رايت ابا حنيفة رحمه الله يؤذن فى المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد
ما قلناه وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم •
ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة
على الشافعى رحمه الله فى اكتفائه بالاقامة • فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما
وكان مخيرا فى الباقى ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء • وان شاء
اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضى الله عنه وعن محمد رحمه الله
انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا • وينبغى ان يؤذن ويقيم
على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة وكان الوضوء فيه
استحبابا كما فى القراءة • ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة
والصلوة ويروى انه لا تكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان
ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه • ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة
ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان شبها بالصلوة فتشترط الطهارة
عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين • وفى الجامع الصغير اذا اذن على غير
وضوء واقام لا يعيد والجنب احب الى ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث
واما الثانى ففى الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة
لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزاه يعنى الصلوة لانها

جايزة بدون الاذان والاقامة ● قال وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد
ليقع على وجه السنة ● ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان
الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف رح وهو قول الشافعي يجوز
للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال
رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا ● والمسافر يؤذن ويقيم
لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا
يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة
لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون ● فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون
الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا والله
اعلم بالصواب

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

قال يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه
قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر
عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلام
لا صلوة لحايض الا بخمار اي لبالغة ● وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام
عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا يثبت
ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي رحمه الله والركبة من العورة خلافا له
ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة
● وبدن المرأة الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة
واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم
عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح ● فان صلت وربع ساقها او ثلثها مكشوف
تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف رح
لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ
هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في الرواية [illegible]

لانه ليس

لانه ليس بقليل وعدم الدخول في ضده في غير المانعة لانه ليس بكثير ولهما ان الربع يحكي
حكاية الكمال كما في مسح الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان
لم ير الا احد جوانبه الاربعة ● والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف
لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة
لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان
وهذا هو الصحيح دون الضم ● وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها
عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه القي عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات
المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ● قال ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد
وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان
ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي
رحمه الله لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز
الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف
لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ● ومن
لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
● فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه
الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس
ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان ● قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية
لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان
ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التميز الا بالنية والمتقدم
على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة
منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة

والشرط ان يعلم بقلبه اى صلوة يصلى اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة فى الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوى الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه • قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع • ومن كان خائفا يصلى الى اى جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه • فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحرى • فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعى رحمه الله يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس فى وسعه الا التوجه الى جهة التحرى والتكليف مقيد بالوسع • وان علم ذلك فى الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبى صلى الله عليه وسلم وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله • ومن ام قوما فى ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحرى وهذه المخالفة غير مانعة كما فى جوف الكعبة • ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ • وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح • والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين • والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران • والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا • والقعدة فى اخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود رضى الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ • قال وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة

وضم السورة اليها • ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال • والقعدة الاولى • وقراءة التشهد فى الاخيرة • والقنوت فى الوتر • وتكبيرات العيدين • والجهر فيما يجهر فيه • والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة فى الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة • قال واذا شرع فى الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعى رحمه الله حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدى بها التطوع هو يقول انه يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا اية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه فى النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبى عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروى عن ابى يوسف رحمه الله والمحكى عن الطحاوى رحمه الله والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفى الكبرياء عن غير الله والنفى مقدم على الاثبات • ويرفع يديه حتى يحاذى بابهاميه شحمة اذنيه وعند الشافعى رحمه الله يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابى حميد الساعدى قال كان النبى عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء بن عازب وانس رضى الله عنهم ان النبى عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر • والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها • فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله اجزأه عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان يحسن التكبير لم يجز الا الله اكبر الله الاكبر الله الكبير وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا بالاولين وقال مالك رحمه الله لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعى يقول ادخال الالف واللام ابلغ فى الثناء فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا فى صفات الله تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى • ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل • فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه اما الكلام فى الافتتاح فمحمد مع ابى حنيفة فى العربية

ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة
فوجه قولهما ان القران اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء
بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن
فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي
لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف
في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر التعارف • وان افتتح الصلوة
باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا • ولو قال اللهم فقد
قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا • قال
ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين
على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله في الارسال وعلى الشافعي رحمه الله في الوضع
على الصدر ولان الوضع اقرب الى التعظيم وهو المقصود • ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد
فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات
الاعياد • ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف رحمه الله انه يضم اليه قوله
وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على
هذا وما رواه محمول على التهجد • وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا ياتي به في الفرائض
والاولى ان لا ياتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح • ويستعيذ بالله من الشيطان
الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القران فاستعذ بالله الاية معناه اذا اردت قراءة القران والاولى
ان يقول استعيذ بالله ليوافق القران ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى ياتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات
العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير • ويسر بهما لقول ابن مسعود

رضي الله عنه

رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي رحمه الله
يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو
محمول على التعليم لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عليه السلام كان لا يجهر بها • ثم عن ابي
حنيفة انه لا ياتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه ياتي بها احتياطا وهو قولهما ولا ياتي بها بين
السورة والفاتحة الا عند محمد رحمه الله فانه ياتي بها في صلوة المخافتة • ثم يقرأ فاتحة الكتاب
وسورة معها او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة
اليها خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة ولمالك رحمه الله فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا
بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا
قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز لكنه يوجب العمل
فقلنا بوجوبهما • واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله
عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك رح في قوله عليه السلام واذا قال الامام
ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها قال
ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء
والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش • ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير
ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع • ويحذف التكبير حذفا لان
المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة • ويعتمد بيديه
على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عليه السلام لانس رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك
على ركبتيك وفرج بين اصابعك • ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن
من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة • ويبسط
ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره • ولا يرفع راسه ولا ينكسه لان النبي عليه
السلام كان اذا ركع لا يصوب راسه ولا يقنعه • ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه
لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى
كمال الجمع • ثم يرفع راسه ويقول الامام سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها

الامام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
كان يجمع بين الذكرين ولانه حرّض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام اذا قال الامام
سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم
بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع
الامامة والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى
الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آتٍ به معنىً قال واذا استوى
قائما كبّر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة
بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام قم فصلّ فانك
لم تصلّ قاله لاعرابي حين اخفّ الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض
لغة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته
صلوة حيث قال وما انتقصت من هذا شيئا فقد انتقصت من صلوتك ثم القومة
والجلسة سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني رحمه الله وفي تخريج الكرخي رحمه الله
واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر
وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادّعم على راحتيه ورفع عجيزته ويضع وجهه
بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي ان النبي عليه السلام فعل كذلك قال وسجد على انفه
وجبهته لان النبي عليه السلام واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم
وعدّ منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به الا ان الخد
والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا
لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد
على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويروى انه
عليه السلام صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حرّ الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام

وابدِ ضبعيك ويروى وابدّ من الابداد وهو المدّ والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه
عن فخذيه لانه عليه السلام كان اذا سجد جافى بطنه حتى ان بهيمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرّت
وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام
اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في
سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام واذا سجد احدكم فليقل
في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد
على ثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه السلام كان يختم بالوتر وان كان
اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع
والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض
في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها قال ثم يرفع رأسه ويكبر
لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبّر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي
ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب
لا يجوز لانه يعدّ ساجدا وان كان الى حال الجلوس اقرب جاز لانه يعدّ جالسا فيتحقق الثانية
فاذا اطمأن ساجدا كبّر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد
ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا
على الارض لما روي انه عليه السلام فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر
ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية مثل ما فعل
في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة
ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه لقوله
عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات
العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير

وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجّه أصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه وتشهّد يروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولأن فيه توجيه أصابع يديه إلى القبلة فإن كانت امرأة جلست على أليتها اليسرى وأخرجت رجليها من الجانب الأيمن لأنه أستر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي إلى آخره وهذا تشهد ابن مسعود رضي الله عنه فإنه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلّمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله إلى آخره والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا إلى آخره لأن فيه الأمر وأقله الاستحباب والألف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله التشهد في وسط الصلوة وآخرها فإذا كان وسط الصلوة نهض إذا فرغ من التشهد وإن كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث أبي قتادة أن النبي عليه السلام قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الأفضل هو الصحيح لأن القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى وجلس في الأخيرة كما جلس في الأولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولأنها أشق على البدن من التورك الذي يميل إليه مالك رحمه الله والذي يروى أنه عليه السلام قعد متوركا ضعّفه الطحاوي أو يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما لقوله عليه السلام إذا قلت هذا أو فعلت فقد تمت صلوتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد والصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة واجبة إما مرة واحدة كما قاله الكرخي رحمه الله أو كلما ذكر عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الأمر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء أطيبه وأعجبه إليك ويبدأ

بالصلوة

بالصلوة على النبي ليكون أقرب إلى الإجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الأول لاستعماله فيما بين العباد يقال رزق الأمير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر وينوي بالتسليمة الأولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لأن الأعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لأن الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية إمامه فإن كان الإمام في الجانب الأيمن أو الأيسر نواه فيهم وإن كان بحذائه نواه في الأولى عند أبي يوسف رحمه الله ترجيحا للجانب الأيمن وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله نواه فيهما لأنه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لأنه ليس معه سواهم والإمام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السلام ثم إصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا ومثله لا يثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الأوليين من المغرب والعشاء إن كان إماما ويخفي في الأخريين هذا هو المتوارث وإن كان منفردا فهو مخيّر إن شاء جهر وأسمع نفسه لأنه إمام في حق نفسه وإن شاء خافت لأنه ليس خلفه من يسمعه والأفضل هو الجهر ليكون الأداء على هيئة الجماعة ويخفيها الإمام في الظهر والعصر وإن كان بعرفة لقوله عليه السلام صلوة النهار عجماء أي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك رحمه الله والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لأنه مكمل له فيكون تبعا ومن قرأ في العشاء الأوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة

الكتاب لم يعد في الأخريين وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الأخريين الفاتحة والسورة وجهر
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لأن الواجب
إذا فات عن وقته لا يقضى إلا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين أن قراءة الفاتحة
شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الأخريين يترتب الفاتحة على السورة وهذا
خلاف الموضوع بخلاف ما إذا ترك السورة لأنه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما
يدل على الوجوب وفي الأصل بلفظة الاستحباب لأنها إن كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة
فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ● ويجهر بهما هو الصحيح لأن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة
واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة أولى ● ثم المخافتة أن يسمع نفسه والجهر أن يسمع
غيره وهذا عند الهندواني رحمه الله لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال
الكرخي رحمه الله تصحيح الحروف لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب إشارة
إلى هذا وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك ● وأدنى
ما يجزي من القراءة في الصلوة آية عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ثلث آيات قصار أو آية طويلة لأنه
لا يسمى قارئا بدونه فأشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن من
غير فصل إلا أن ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه ● وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب
وأي سورة شاء لما روي أن النبي عليه السلام قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولأن السفر
أثر في إسقاط شطر الصلوة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وهذا إذا كان على عجلة من السير
● وإن كان في أمنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة
مع التخفيف ● ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين آية أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب
ويروى من أربعين إلى ستين ومن ستين إلى مائة وبكل ذلك ورد الأثر ووجه التوفيق
أنه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين وينظر
إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الاشتغال وقلتها ● قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما
في سعة الوقت وقال في الأصل أو دونه لأنه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن
الملال ● والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ

فيها

فيها بقصار المفصل والأصل فيه كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن اقرأ في الفجر والظهر
بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولأن مبنى
المغرب على العجلة والتخفيف أليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان
بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالأوساط ويطيل الركعة الأولى من الفجر على الثانية
إعانة للناس على إدراك الجماعات ● قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أحب إلي أن يطول الركعة الأولى على الثانية في الصلوة كلها لما روي
أن النبي عليه السلام كان يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوة كلها ولهما أن الركعتين استويا
في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لأنه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على
الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث
آيات لعدم إمكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها
لا يجوز غيرها لإطلاق ما تلونا ● ويكره أن يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوة لما فيه من هجران الباقي
وإيهام التفضيل ● ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام خلافا للشافعي في الفاتحة له أن القراءة ركن من
الأركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة وعليه إجماع
الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الإنصات والاستماع قال عليه السلام
وإذا قرأ فأنصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما لما فيه
من الوعيد ● ويستمع وينصت وإن قرأ الإمام آية الترغيب والترهيب لأن الاستماع فرض بالنص و
القراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك إن صلى على النبي عليه السلام
لفرضية الاستماع إلا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع
في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والأحوط السكوت إقامة لفرض الإنصات والله أعلم بالصواب

باب الإمامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها إلا منافق ● وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة وعن
أبي يوسف رحمه الله أقرؤهم لأن القراءة لا بد منها والحاجة إلى العلم إذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة
مفتقر إليها لركن واحد والعلم لسائر الأركان ● فإن تساووا فأقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم

اقرأهم بكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه
باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم • فان تساووا فاورعهم لقوله
عليه السلام من صلى خلف امام تقي فكانما صلى خلف نبي • فان تساووا فاسنهم لقوله
عليه السلام وليؤمكما اكبركما • ولان في تقديمه تكثير الجماعة • ويكره تقديم العبد لانه
لا يتفرغ للتعلم • والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل • والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه
• والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم
هؤلاء تنفير الجماعة فيكره • وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول
الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض
والكبير وذا الحاجة • ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام
وسط الصف فيكره كالعراة • فان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت
كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف • ومن صلى مع واحد
اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنه فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتاخر
عن الامام وعن محمد رحمه الله انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر • وان صلى
خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة • وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف
يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم
حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة • ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي
اما المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل
فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله ولم يجوزه
مشايخنا رحمهم الله ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والمختار
انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع
ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء
الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة • ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني
منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن • وان حاذته امرأة وهما مشتركتان

في صلوة واحدة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله
اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها
فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالماموم اذا تقدم على الامام • وان لم ينو
امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب
في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما تشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية • وان لم يكن
بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل • ومن
شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة
وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص •
ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة • ولا باس للعجوز ان تخرج
في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة
الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم
في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء هم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة
متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره • ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة
ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه
والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي • ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري
لقوة حالهما • ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة
ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح
بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة • ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد
لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته
قاعدا والقوم خلفه قيام • ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا
والامام مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة • ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي
لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء

بناءً ووصفًا لفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم • قال ولا من يصلي
فرضًا خلف من يصلي فرضًا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رحمه الله
يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى • ويصلي المتنفل
خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء •
ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلام من ام قومًا ثم ظهر انه كان محدثًا
او جنبًا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله بناءً على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمين
وذلك في الجواز والفساد • واذا صلى امي بقوم يقرؤون وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام قومًا معذورين وغير معذورين فصار
كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد
صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود
في حق الامام لا يكون موجودًا في حق المقتدي • ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز
هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة • فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميًا
فسدت صلوتهم وقال زفر رحمه الله لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة
فلا تخلو عن القراءة اما تحقيقًا او تقديرًا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا
لو قدمه في التشهد او سجود السهو

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان امامًا استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل
وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد
ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته
ما لم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من
لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به • والاستيناف افضل تحرزًا عن
شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة
• والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان
يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل • ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه

لم يحدث

لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال
وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد
الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف
المكان بالخروج • وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه
افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا
ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم
قدامه فالحد السترة وان لم تكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردًا فموضع سجوده من كل
جانب • وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم تكن
في معنى ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع • وان
حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده
وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر • ولو قرأ مقدار ما تجوز
به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف • وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ
وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي لياتي به • وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم
او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه
شيء من الاركان • فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد قدر
التشهد • او كان ماسحًا فانقضت مدة مسحه • او خلع خفيه بعمل يسير • او كان اميًا فتعلم
سورة • او عريانًا فوجد ثوبًا • او موميًا فقدر على الركوع والسجود • او تذكر فائتة عليه قبل هذه
او احدث فاستخلف اميًا • او طلعت الشمس في الفجر • او دخل وقت العصر في الجمعة • او كان
ماسحًا على الجبيرة فسقطت عن برء • او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها
بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقيل الاصل فيه ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض
عند ابي حنيفة رحمه الله وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها
في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما رويناه من حديث ابن مسعود
رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوسل الى الفرض

الا انه يكون فرضا ومعنى قوله تمت تاربت التام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز فى حق
القارى وانما الفساد ضرورة حكم شرعى وهو عدم صلاحيته للامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما
صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة فى التحريمة والاولى للامام ان يقدم
مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغى لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم
يبتدى من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم
بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم
تامة لان المفسد فى حقه وجد فى خلال الصلوة وفى حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان
كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد
قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذى لم يدرك اول صلوته عند ابى حنيفة
وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد فى قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدى
بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته وصار كالسلام والكلام وله
ان القهقهة مفسدة للجزء الذى يلاقيه من صلوة الامام فتفسد مثله من صلوة المقتدى غير ان الامام
لا يحتاج الى البناء والمسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام فى
معناه ويتنقض وضوء الامام لوجود القهقهة فى حرمة الصلوة ومن احدث فى ركوعه او سجوده
توضأ وبنى ولا يعتد بالتى احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق
فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة
ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجدها
يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه
لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابى يوسف رحمه الله انه يلزمه اعادة الركوع لان
القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو
لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثانى
كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبى او امراة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح
للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم فى صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعى رحمه الله فى الخطاء والنسيان
ومفزعه الحديث المعروف رفع عن امتى الخطاء والنسيان ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا
هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هى التسبيح والتهليل وقراءة القران وما رواه
محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا فى حالة النسيان وكلاما
فى حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان
من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها
لان فيه اظهار الجزع والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابى يوسف رحمه الله ان قوله اه لم يفسد
فى الحالين وقوله اوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان
او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد والحروف الزوائد مجموعها فى قوله اليوم تنساه
وهذا لا يقوى لان كلام الناس فى متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق
ذلك فى حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغى
ان تفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس
فقال له اخر يرحمك الله وهو فى الصلوة فسدت صلوته لانه يجرى فى مخاطبات الناس فكان من
كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا ومن فتح على غير امامه فسدت صلوته ومعناه ان يفتح
المصلى على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار فى الاصل لانه ليس
من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط فى الجامع الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل
وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من
اعمال صلوته معنى وينوى الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع
عنها ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ
بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغى للمقتدى ان لا يعجل بالفتح وللامام
ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى اية اخرى ولو اجاب فى الصلوة رجلا
بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون

مفسدًا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه لـه انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابًا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف فى الصحيح • وان اراد اعلامه انه فى الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة فى الصلوة فليسبح • ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه فى غيره فيخرج عنه • ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهى هى ويجتزئ بتلك الركعة لانه نوى الشروع فى عين ما هو فيه فلغت نيته وبقى المنوى على حاله • واذا قرء الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا هى تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب • ولابى حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان • ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرء كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير • وان مرت امرأة بين يدى المصلى لم يقطع الصلوة لقوله عليه السلام لا يقطع الصلوة مرور شىء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدى المصلى ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين • وانما يأثم اذا مر فى موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل ويحاذى اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلى على الدكان • وينبغى لمن يصلى فى الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عليه السلام اذا صلى احدكم فى الصحراء فليجعل بين يديه سترة • ومقدارها ذراع فصاعدًا لقوله عليه السلام أيعجز احدكم اذا صلى فى الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغى ان تكون فى غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود • ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها • ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر • وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة • ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به • ويدرء المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم • ويدرء بالاشارة كما فعل رسول الله صلى الله عليه السلام بولدى ام سلمة رضى الله عنها

اويدرءا

او يدرءا بالتسبيح لما روينا من قبل • ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية •

فصل

ويكره للمصلى ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث فى الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك فى الصلوة • ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلاتك وانت تصلى • ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار فى الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون • ولا يلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلى من يناجى ما التفت • ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوى عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان يلاحظ اصحابه فى صلوته بموق عينيه • ولا يقعى ولا يفترش ذراعيه لقول ابى ذر رضى الله عنه نهانى خليلى عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعى اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبًا هو الصحيح • ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام • ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته • ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود • ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روى انه عليه السلام نهى ان يصلى الرجل وهو معقوص • ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر • ولا يسدل ثوبه لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه • ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدًا او ناسيًا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة • ولا بأس بان يكون مقام الامام فى المسجد وسجوده فى الطاق ويكره ان يقوم فى الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده فى الطاق • ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب فى ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام • ولا بأس بان يصلى الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضى الله عنهما ربما كان يستتر بنافع فى بعض اسفاره • ولا بأس بان يصلى وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة • ولا بأس بان يصلى على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة فى الاصل لان المصلى

معظّم • ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلّقة
لحديث جبرئيل صلى الله عليه وسلم انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة • ولو كانت الصورة صغيرة
بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس
اي ممحو الراس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج
على ما قالوا • ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها
تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على الستر لانه تعظيم لها
واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم من فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه • ولو لبس
ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم • والصلوة جايزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها
وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد
• ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة
ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار • ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا
• ويكره عد الآي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة
وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا باس بذلك في الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل
بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عليه السلام نهى عن ذلك • والاستدبار يكره في رواية
لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير موازي للقبلة وما ينحط منه ينحط الى
الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازي لها وما ينحط منه ينحط اليها • ويكره المجامعة فوق المسجد
والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه • ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة
في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه • ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة
وقيل لا باس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة • ولا باس بان ينقش المسجد بالجص
والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا ياثم به وقيل هو قربة وهذا
اذا فعل من مال نفسه اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش

حتى لو فعل

حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رحمه الله قوله
عليه السلام ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو
للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى
بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته • قال الوتر
ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عايشة رضي الله عنها انه عليه السلام كان يوتر بثلث
وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو
قول مالك رحمه الله والحجة عليهما ما رويناه • ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رحمه الله
بعده لما روي انه عليه السلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عليه السلام قنت
قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره • ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف
الاخير من رمضان لقوله عليه السلام للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير
فصل • ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن
• واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت • ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفجر لما رواه
ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه • فان قنت الامام في صلوة الفجر
يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت
مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل
يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء
بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر • واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته
كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به • والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء والله اعلم

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها
ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها
وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له

بيتا في الجنة وفسّر يعني النبي عليه السلام على نحو ما ذُكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر
فلهذا سمّاه في الاصل حسنا وخيّر لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل
العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا
خيّر الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه • والاربع قبل الظهر
واحدة عندنا كذا قاله عليه السلام وفيه خلاف الشافعي • ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين
وان شاء اربعا ويكره الزيادة على ذلك • فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة رحمه الله ان صلى ثماني ركعات
بتسليمة جاز ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر
الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز
والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي فيهما
مثنى مثنى وعند ابي حنيفة رحمه الله فيهما اربع اربع للشافعي رحمه الله قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار
مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه
عائشة رضي الله عنها وكان النبي عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون
اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين
وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا •

فصل في القراءة

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات
كلها لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر
مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى
لانهما تتشاكلان من كل وجه واما الاخريان تفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها
فلا تلحقان بهما والصلوة فيما روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي ركعتان عرفا كمن حلف
لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي • وهو مخيّر في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء
قرأ وان شاء سبّح كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله
عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركهما في ظاهر
الرواية • والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة

على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور
عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في
نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي رحمه الله لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع
ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزم الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان • وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين
وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة
مبتداة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع الشفع الآخر
لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا
لانها بمنزلة صلوة واحدة • وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة
في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال • وعند ابي يوسف ترك القراءة
في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى
ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة
• وعند ابي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل
شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد
في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم
يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع
في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء
الاربع عنده • ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول • ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء
الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف ان صح فقد اداها • ولو قرأ في الاوليين
واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع • ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء
الاوليين بالاجماع • ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف رحمه الله قضاء الاربع
وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان التحريمة باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده

وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ● ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ● ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعند محمد ركعتين قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ● ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع فربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه ● واختلفوا في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة ● وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ● ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة او ينقطع هو عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها ● والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيما غلب ● فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد رحمه الله اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر

فصل في قيام رمضان

● يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة تسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا ● والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رضي الله عنهم يروى عنهم التخلف ● والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ رحمهم الله والاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ● ولم يذكر قدر القراءة فيها واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ● ولا يصلى الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين والله تعالى اعلم

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة ● وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ● ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها ● وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه محل الرفض ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام ● واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد ● فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة ● وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة التنفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه ● ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة وتكميل معنى ● فان كان قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا بأس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا ● وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ● ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته

ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح قال ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله اما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك ركعة من الظهر ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوب ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان ضيق تركه قيل هذا في غير سنة الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال

زفر رحمه الله لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول والله اعلم بالصواب

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوايت وبين فرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي رحمه الله مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوايت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفايتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد الفوايت على ست صلوات لان الفوايت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوايت نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوايت ستا لخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزأته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رحمه الله انه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوايت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوايت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوايت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فايتة فالفوايت جايزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوايت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فايتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة

بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادًا موقوفًا حتى لو صلّى ست صلوات ولم يعد الظهر
انقلب الكل جائزًا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يفسد فسادًا باتًّا لا جواز له بحال وقد عُرف ذلك
في موضعه ● ولو صلّى الخ وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافًا لهما وهذا بناء على ان
الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن ● وعلى هذا اذا صلّى العشاء ثم توضأ
وصلّى السنة والوتر ثم تبيّن انه صلّى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر
وعندهما يعيد الوتر ايضًا لكونه تبعًا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلّم وعند الشافعي يسجد قبل
السلام لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان
بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي
التمسك بقوله ولأن سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا
الخلاف في الاولوية ● ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفًا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ● ويأتي بالصلوة
على النبي والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة ● قال ويلزمه السهو
اذا زاد في صلوته فعلًا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب
لجبر نقصان تمكّن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبًا لا يجب الا بترك واجب
او بتأخيره او تأخير ركن ساهيًا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن
او ترك واجب ● قال ويلزمه اذا ترك فعلًا مسنونًا كأنه اراد به فعلًا واجبًا الا انه اراد بتسميته
سنة ان وجوبها بالسنة ● قال او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة ● او القنوت او التشهد او تكبيرات
العيد لانها واجبات فانه عليه السلام واظب عليها من غير تركها مرّة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف
الى جميع الصلوة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية
والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ● ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه
سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات ● واختلفت الرواية في المقدار
والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن
الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث آيات ● وهذا في الامام دون

المنفرد

المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة ● قال وسهو الامام يوجب على المؤتم
السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام ● فان لم يسجد الامام
لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفًا لامامه وما التزم الاداء الا متابعًا ● فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم
السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفًا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعًا ● ومن سها عن
القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ
حكمه ● ثم قيل يسجد للسهو للتأخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ● ولو كان الى القيام اقرب لم يعد
لانه كالقائم معنى ● ويسجد للسهو لانه ترك الواجب ● وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى
الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل
الرفض ● والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فترتفض ● ويسجد للسهو لانه اخّر واجبًا ●
وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال
اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة
حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي ● وتحولت صلوته نفلًا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافًا لمحمد
رحمه الله على ما مرّ ● فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ● ثم انما يبطل فرضه
بوضع الجبهة عند ابي يوسف رحمه الله لانه سجود كامل وعند محمد رحمه الله برفعه لان تمام الشيء بآخره وهو
الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود يبني عند محمد خلافًا لابي
يوسف رحمه الله ● ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلّم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلّم لان التسليم
في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهها بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض ● وان
قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي
واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير الركعتان نفلًا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عليه السلام
عن البتيراء ● ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو
استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون
● ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ● ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستًّا عند محمد رحمه الله لانه است
المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ● ولو افسده المقتدي لا قضاء

عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام ● قال
ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل
لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة
ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ● ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم
فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو داخل
سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت لجبر النقصان
فلا بد ان تكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته
الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض
الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ● ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه
سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ● ومن شك في صلوته
فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عليه السلام اذا شك احدكم
في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة ● وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عليه السلام
من شك في صلوته فليتحر الصواب ● وان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك
في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون
الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم اخر صلوته كيلا يصير
تاركا فرض القعدة والله اعلم

باب صلوة المريض

اذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن حصين رضي الله عنه
صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة
قال فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله ● وجعل سجوده
اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ● ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان
قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك وان فعل ذلك وهو يخفض راسه اجزاه لوجود الايماء
وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه ● فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل
رجليه الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قائما فان لم يستطع

فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر منه ● وان استلقى
على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى هو الاولى عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتادى
الصلوة ● فان لم يستطع الايماء براسه اخرت عنه ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر
رحمه الله لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الراس لانه يتادى به
ركن الصلوة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة عنه وان
كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه
● وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية
القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا
فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود ● وان صلى الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث
به مرض تممها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على
الاعلى فصار كالاقتداء ● ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه ● وان صلى
بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع
بالمومي فكذا البناء ● ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيى لا باس بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد
لان هذا عذر ● وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة
لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره
الاتكاء ● وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب النوافل
● ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله والقيام افضل وقالا لا يجزيه
الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الراس وهو كالمتحقق
الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه
والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ● ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى
وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء

وقت صلوة كامل لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت
فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار
والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان رحمه الله بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر
ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رحمه الله لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات
هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم والله اعلم

باب في سجود التلاوة

قال سجود التلاوة في القران اربعة عشر في اخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل
ومريم والاولى من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء
انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج
للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو
المأخوذ للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القران
او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير
مقيد بالقصد واذا تلا الامام اية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته وان
تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي
الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام
عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها
كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة
سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس
معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من
افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم تجزهم لانه ناقص
لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة
لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها
وقيل هو قول محمد رحمه الله قال فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة

فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك الركعة وان
دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا اولى وان لم يدخل
معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة
لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في
الصلوة فاعادها وسجدها اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت
الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستوتا قلنا للثانية قوة اتصال
المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي
المستتبعة ولا وجه لالحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة
واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها
ثانية وان لم يسجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل
في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس
لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة
لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن
الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر
الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه
لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه
اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان
ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة
او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ اية السجدة ويدع
ما سواها لانه مبادرة اليها وقال احب الي ان يقرأ قبلها اية او ايتين دفعا لوهم
التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد الانسان مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي
الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة

الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدّر ابو يوسف رحمه الله بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي
رحمه الله بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رحمه الله
التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه
لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر
في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رحمه الله فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا
بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم
لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر
ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل
اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة يتعلق بدخولها فيتعلق
السفر بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة
في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر
يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر رضي
الله عنهم والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة
وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك
سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من
الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا
فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزِم فيقر وبين ان يُهزَم فيفر فلم تكن دار اقامة
وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم
وعند زفر رحمه الله تصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف
رحمه الله تصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم
اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله لان الاقامة اصل
فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه
يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل

معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء
المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون
صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح
لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة
نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان يقول
اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لانه عليه السلام قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر
في مصره اتم الصلوة وان لم ينو المقام فيه لانه عليه السلام واصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون
ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن
غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه
بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن
الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما
لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى
عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضافة الى مبيته
ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان
القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في
الوقت والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي رحمه الله سفر المعصية
لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص
ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة
والله تعالى اعلم

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع
او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا
في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند
ابي يوسف رحمه الله وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو
الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته

في حوائج اهله. وتجوز عندنا ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير. ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره. ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما. ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره. وهي قبل الصلوة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان. ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة. فان اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى. ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها. واقلهم عند ابي حنيفة رحمه الله ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف رحمه الله وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم. وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رحمه الله ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم

ذلك

ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة. ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امراة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمراة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر. فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام. ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمراة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمراة لا تصلح لامامة الرجال. وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى. ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر رحمه الله لا تجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وعلى التمكن يدور التكليف. فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رحمه الله بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها. ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم. ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه. ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادركه وبنى عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا. وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رحمه الله ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه

الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا
للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط
نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الاخر
واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر
لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة
قوله عليه السلام اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه
الصلوة واذا اذن المؤذن الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله وذروا البيع فاذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك
جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر
في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام
به والله اعلم

باب العيدين

قال وتجب صلوة العيد على كل
من تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة
ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث
الاعرابي عقيب سؤاله هل على غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة
لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب
لما روي انه عليه السلام كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين
ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام
كانت له جبة فنك وصوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ
قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر في عيد الفطر عند ابي حنيفة رحمه الله في طريق المصلى
وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى
لانه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه السلام لم يفعل مع حرصه

على الصلوة

على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله
واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس خرج وقتها لانه
عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال
امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلثا
بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر
ثلثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس
رضي الله عنهما يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية
يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء واما المذهب فالقول
الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام
الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الركوع فوجب الضم
اليها والشافعي رحمه الله اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهم الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت
التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به
ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ترفع والحجة عليه ما روينا قال ثم يخطب
بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض ويعلم الناس فيهما صدقة الفطر واحكامها
لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة
لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد
الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر
منع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه
بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل
ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي انه عليه السلام كان لا يطعم
في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام
كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه السلام

فعل كذلك ويعلّم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت
الا للتعليم فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها
بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير بغير عذر لمخالفة
المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض
المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة
دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

ويبدا بتكبير
التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا
يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين فاخذ بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول
ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة
الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو الماثور عن الخليل صلوات
الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة
عند ابي حنيفة رحمه الله وليس على جماعة النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى
المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل
ابن احمد رحمه الله ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه
يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية
قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رحمه الله
دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدي في حرمة الصلوة فلم يكن
الامام فيه حتما وانما هو مستحب والله اعلم

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال
الشافعي رحمه الله ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنهما
والحال اكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي
عند ابي حنيفة رحمه الله مثل قول ابي حنيفة وقال يجهر وعن محمد رحمه الله مثل قول ابي حنيفة رحمه الله اما التطويل

في القراءة بيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء
فاذا خفف احدهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام
جهر فيها ولابي حنيفة رحمه الله رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر من قبل
كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلام اذا رايتم
من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء فيه واذكروا الله واستغفروه والسنة في الادعية
تاخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى
تحرزا عن الفتنة وليس في كسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي
كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رايتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس
في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا
جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا الاية ورسول
الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان
النبي عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رضي الله عنهما قلنا فعله مرة
وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة
العيد ثم يخطب لما روي انه عليه السلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف
رحمه الله خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة
بالدعاء لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال
رضي الله عنه هذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية
وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم اردیتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك
ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة والله اعلم

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين
طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه
من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام

ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطايفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطايفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف رحمه الله وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا قال وان كان الامام مقيما صلى بالطايفة الاولى ركعتين وبالطايفة الثانية ركعتين لما روي انه عليه السلام صلى الظهر بطايفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطايفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الوحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤوا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد رحمه الله انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنايز

قال اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم بشهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شدوا لحياه وغمضوا عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سريره لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضوه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف

فان لم يكن يوجد فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي لكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج شيء منه غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل اكفانه ويجعل في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عايشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عليه السلام كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصر على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق فان ارادوا لف الكفن ابتدؤا بجانب الايسر فلفوه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة ثم تبسط عليه الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك فان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن الكشف قال وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها فوق ثدييها لحديث ام عطية ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن ابنته رقية خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات وهذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب

واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا
كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم
الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه السلام
امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة

فصل في الصلوة على الميت واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان في التقدم عليه
ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه
في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير
الولي والسلطان اعاد الولي ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء فان صلى الولي لم يجز
لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا الناس
تركوا من آخرهم الصلوة على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع وان دفن
الميت ولم يصل عليه صلى على قبره لانه عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل
ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والمكان والزمان والصلوة
ان يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر
الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صليها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام
خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا واذا لم يتابعه كيف يصنع وتنتظر تسليم
الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء
ثم بالصلوة سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا
وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى
بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله يكبر حين يحضر لان الاولى
للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ
بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق
لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان
فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء
وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان

بينها وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم
لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا باس بالاذن في صلوة
الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي
الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام
من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما
اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشائخ ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه
لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال
دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل
عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع
احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا
او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت
تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه
بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة وتحفر
حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة

واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة
وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي رحمه الله السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق
على اصل عنقه والتالي على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا
كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه السلام سئل عنه
فقال ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه
قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم
الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن
وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام
اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يسل

سُلّاً لما روى انه عليه السلام سُلّ سلاً ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت
الروايات في ادخال النبي عليه السلام فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا
قال عليه السلام حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجهه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن عليه لانه عليه السلام جعل
على قبره اللبن ويسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى
حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء
والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا باس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب
اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر
ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه السلام اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة
وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى
شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل
ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة
لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي رحمه الله يخالفنا في
الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت
لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي
ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد
ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة
عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد
جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع
في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله
ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن

في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو
والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا
اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة
لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام
او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس
يدار عليهم خوفا عن نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا
من الراحة ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة
وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي
الله عنه وهذا مروي عن ابي يوسف رحمه الله ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف
رحمه الله لانه ارتفاق وعند محمد رحمه الله لا يكون ارتثاثا لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا
في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب
فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد
او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم
لابتغاء مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا
رضي الله عنه لم يصل على البغاة والله اعلم

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي رحمه الله فيهما ولمالك في الفرض لانه عليه السلام
صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها
ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة
لا يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم يجز صلوته
لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام
فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم
والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله

لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا يرى انه لو صلى
على ابى قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عليه السلام
والله تعالى اعلم بالصلوب

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى
واتوا الزكوة ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض
لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ والعقل نذكره والاسلام لان
الزكوة عبادة ولا يتحقق من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه عليه السلام قدر السبب به ولا بد
من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال
حتى يحول عليه الحول ولانه المكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت
الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي
لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون
زكوة خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار
كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم
العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع
ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول
من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود
المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة
عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية
فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه
زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من العباد حتى
لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب
وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا

وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب
البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة
بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما
قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت به بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة
بان اقر عند الناس وهي مسئلة المال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله ومن جملته المال
المفقود والابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة
اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال
والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل
ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة
على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول
اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشائخ رحمهم الله ولو كان الدين على مقر ملي او معسر
تجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة
او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس
القاضي لا يصح عنده وعند محمد رحمه الله لا يجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق
الافلاس ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة
بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة
حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر
مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة
لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او
بالوصية او النكاح او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله
لاقترانها بالعمل وعند محمد رحمه الله لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه
ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة
عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها

حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد رحمه الله لان الواجب شايع في الكل وعند ابي يوسف لا تسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على اربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رحمه الله ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنتين نصف عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر

فصل في الغنم

ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضان والمعز فيه سواء لان لفظ الغنم شامل للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثني ولانه تتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه ظاهر الرواية حديث علي رضي

اسنه موقوفا عليه ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا
من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة
من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام
في اربعين شاة شاة

فصل في الخيل

اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا
فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة
دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على
المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة
دراهم وتأويل ما رواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين
الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا
في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور
وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي فيهما
شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر
اموال التجارة

فصل وليس في الحملان

والفصلان والعجاجيل صدقة
عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا اخر اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في
المسان وهو قول زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي
رحمهما الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني
تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا مدخل فيها للقياس
فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له
في انعقادها نصابا دون تادية الزكوة حتى لا تخرج عن العهدة باداء واحدة من الصغار
ثم عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل وتجب
في خمس وعشرين من الفصلان وفيما دون الثلثين واحد ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا
لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب
ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا

فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما
وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب
عليه سن فلم توجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتني
على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكره ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول
له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه
بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر
والنذر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر
بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا
لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول
وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رحمه الله له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس
في الحوامل والعوامل والعلوفة ولا في البقرة المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة
او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة
هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل
تابع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تاخذوا
من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه
نظرا للجانبين قال ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه
به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد
والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد
والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا
للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال
محمد وزفر رحمهما الله فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عندهما وعند محمد وزفر
يسقط بقدره لمحمد ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في
خمس من الابل شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي

الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال
المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي
يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف يصرف الى
العفو اولا ثم الى النصب شايعا • واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوايم لا يثنى عليهم لان الامام
لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة
والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنهم
وكذا الدفع الى كل جابر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط • وليس على الصبي من
بني تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من
المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم • وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت
الزكوة وقال الشافعي يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة
الفطر ولانه منع بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا
للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك
ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك
وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل • وان قدم الزكوة على الحول
وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف
مالك رحمه الله • ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب • ويجوز لنصب اذا كان في ملكه
نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له
والله اعلم

باب زكوة المال

فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية
اربعون درهما • فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام
كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا
من ذهب نصف مثقال • قال ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها
درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله • وقال صاحباه ما زاد

على المائتين

على المائتين فزكوته بحسابها وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه وما زاد
على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق
الغنى وبعد النصاب في السوايم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام في حديث
معاذ لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله عليه السلام في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين
صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف • والمعتبر في الدراهم وزن
سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه
واستقر الامر عليه • واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة وان كان الغالب
الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها
لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة
وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في ساير
العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية
التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا
من ذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا • والمثقال ما يكون كل سبعة
منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر
وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا • وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور • وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة
مثاقيل في هذا كاربعين درهما • وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة • وقال
الشافعي رحمه الله لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة
ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر
بخلاف الثياب والله اعلم

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض
التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه السلام فيها
يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد
باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد • ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا

لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاصل خيّره لان الثمنين
في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقومها
بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها
بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب في كل حال كما في المغصوب والمستهلك
واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار
الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنا وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما
بين ذلك لانه حالة البقاء ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار
التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن
هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى
ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما
هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته
فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق
ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول
قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر
آخر لانه ادعى وضع الامانة في موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين
وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ
بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع
وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف وقال الشافعي رحمه الله يصدق
لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال
الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح
ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه

في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه
الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه
ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري
يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير
ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامومية الولد لانه يبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن
والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن
الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا
ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ
زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان
كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر حربي
بمائتي درهم ولا نعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر
وان علم انهم يأخذون منا ربع عشر او نصف عشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا
نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق
بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول
لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول
يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستأصل المال وان عشره
فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده
لا يفضي الى الاستيصال وان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر
اي من قيمتها وقال الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر رحمه الله يعشرهما
لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف رحمه الله يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير
تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر
ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر
منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه

بل يجب تسبيبه بالاسلام فكذا لا تجب على غيره ولو مر صبي او امراة من بني تغلب بمال فليس على
الصبي شيء وعلى المراة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره
ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت
حمايته ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير ماذون باداء زكوتها قال وكذا
المضاربة يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يعشرها حتى المضارب حتى لا
يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب
وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه
نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له ولو مر عبد ماذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال
ابو يوسف رحمه الله لا ادري ان ابا حنيفة رحمه الله رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل
في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج
الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال
هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه
لان الملك له الا اذا كان على العبد دين محيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن مر
على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره تثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل
العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه والله اعلم

باب في المعادن والركاز

قال معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه
الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا
كان المستخرج ذهبا او فضة فتجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول
للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها
كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه
لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا
الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره

فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا
وله انه من اجزاء الارض مركبا فيها ولا مؤنة في ساير الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء
لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة روايتان
ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار في الارض دون الدار فكذا
هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز يطلق على الكنز
لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة
فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم
ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز
منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف
رحمه الله لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي
ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن
وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع فيها
بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى
مالك يعرف له في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه
الاصل وقيل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار
بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده
في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة المتلصص
غير مجاهد وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق
الخمس في قول ابي حنيفة رحمه الله آخرا خلافا لابي يوسف رحمه الله ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس
من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة
والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس
معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة والله تعالى اعلم

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة رحمه الله فى قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقى سيحا
او سقته السماء الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة
باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وليس
فى الخضروات عندهما عشر فالخلاف فى موضعين فى اشتراط النصاب وفى اشتراط البقاء
لهما فى الاول قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب
فيه ليتحقق الغنى ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ما اخرجته الارض ففيه العشر من غير
فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون
درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما فى الثانى قوله عليه السلام ليس فى الخضروات صدقة والزكوة غير منفية فتعين
العشر وله ما روينا ومروّيهما محمول على صدقة ياخذها العاشر وبه ياخذ ابو حنيفة رحمه الله
فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هى الارض النامية ولهذا يجب فيه الخراج اما
الحطب والقصب والحشيش فلا يستنبت فى الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او
مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسى اما قصب السكر
وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان
المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقى بغرب او دالية ففيه نصف العشر على القولين
لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقى بالسماء او سيحا وان سقى سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة
كما مر فى السائمة وقال ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت
قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة فى زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعى فيه فاعتبر
قيمته كما فى عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما
يقدر به نوعه فاعتبر فى القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة منّ وفى الزعفران خمسة امناء لان
التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر
وقال الشافعى رحمه الله لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام

ولان الوسق اقصى ما يقدر من معياره لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق
اقصى ما يقدر من معياره واقصى ما يقدر فى السكر والزعفران انما هو المن لانه يقدر اولا
بالسنجات ثم الاساتير ثم بالمن فكان المن اقصى من معياره ما يقدر به الزعفران من معياره
وفى العسل الفرق وفى القطن اقصى ما يقدر به الحمل لانه لا يقدر بالسنجات وانما يقدر
بالاساتير ثم بالحمل فكان الحمل اعلى ما يقدر به القطن

فى العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف
دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابى حنيفة رحمه الله يجب فيه العشر قل او كثر لانه
لا يعتبر النصاب وعن ابى يوسف رحمه الله انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه انه لا شئ فيه حتى يبلغ
عشر قرب لحديث بنى شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امناء
وعن محمد خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا فى قصب السكر وما
يوجد فى الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يجب لانعدام السبب وهو الارض
النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شئ اخرجته الارض مما فيه العشر
لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر لان النبى عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة
فلا معنى لرفعها قال تغلبى له ارض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة
رضى الله عنهم وعن محمد ان فيما اشتراه التغلبى من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير
بتغير المالك فان اشتراها منه ذمى فهى على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه فى الجملة كما اذا مر
على العاشر وكذا ان اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبى عند ابى حنيفة رحمه الله سواء كان التضعيف
اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف
يعود الى عشر واحد لزوال الداعى الى التضعيف قال فى الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه
قال رضى الله عنه اختلفت النسخ فى بيان قوله والاصح انه مع ابى حنيفة رحمه الله فى بقاء التضعيف
الا ان قوله لا يتاتى الا فى الاصلى لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة
ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصرانى يريد به ذميا غير تغلبى وقبضها فعليه الخراج عند ابى حنيفة رحمه الله
لانه اليق بحال الكافر وعند ابى يوسف العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبى وهذا
اهون من التبديل وعند محمد هى عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم فى رواية
يصرف مصارف الصدقات وفى رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت
على البائع لفساد البيع فهى عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها
من المسلم واما الثانى فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع
بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه

اذا السقاه بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة فى مثل هذا تدور مع الماء • وليس على المجوسى فى داره شئ لان عمر رضى الله عنه جعل المساكن عفوا • وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاها بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة يليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر فى الماء العشرى الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابى يوسف عشران وقد مر الوجه • ثم العشرى ماء السماء والآبار والعيون والبحار التى لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجى الانهار التى شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشرى عند محمد رحمه الله لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجى عند ابى يوسف لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها • وفى ارض الصبى والمراة التغلبيين ما فى ارض الرجل يعنى العشر المضاعف فى العشرية والخراج الواحد فى الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبى والمراة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم • قال وليس فى عين القير والنفط فى ارض العشر شئ لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه فى ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع • والفقير من له ادنى شئ والمسكين من لا شئ له وهذا مروى عن ابى حنيفة وقد قيل على العكس ولكل وجه • ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعى رحمه الله لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا ياخذها العامل الهاشمى تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ والغنى لا يوازيه فى استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة فى حقه • وفى الرقاب يعان المكاتبون منها فى فك رقابهم هو المنقول • والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعى رحمه الله من تحمل غرامة فى اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين

وفى سبيل الله منقطع الغزاة عند ابى يوسف رحمه الله لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج لما روى ان رجلا جعل بعيرا له فى سبيل الله فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج • ولا تصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال فى وطنه وهو فى مكان لا شئ له فيه • قال فهذه جهات الزكوة فللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالى باختلاف جهاته والذى ذهبنا اليه مروى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهم • ولا يجوز ان تدفع الزكوة الى ذمى لقوله عليه السلام لمعاذ رضى الله عنه خذها من اغنيائهم وردها فى فقرائهم • ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعى لا يدفع وهو رواية عن ابى يوسف اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز فى الزكوة • ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن • ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضى التمليك منه لا سيما من الميت • ولا تشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك رحمه الله ذهب اليه فى تاويل قوله تعالى وفى الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك • ولا تدفع الى غنى لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغنى وهو باطلاقه حجة على الشافعى فى غنى الغزاة وكذا حديث معاذ رضى الله عنه على ما روينا • قال ولا يدفع المزكى زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال • ولا الى امرأته للاشتراك فى المنافع عادة • ولا تدفع المراة الى زوجها عند ابى حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا تدفع لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامراة ابن مسعود رضى الله عنه وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة • قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق فى كسب مكاتبه فلم يتم التمليك • ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابى حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما • ولا يدفع الى مملوك

غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا
كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها
اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني
هاشم لقوله عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم
منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض واما التطوع
فبمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل حارث بن
عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه
واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا
انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق
لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا
دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه
او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رحمه الله عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان
الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام
قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان
الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت
عليه القبلة وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع
وفي اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك فلم يتحر او تحرى ودفع وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه
الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك
لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان
لان الغنا الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط
الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم
المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب
ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز

لان الغنا قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنا حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره
لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان تغني بها انسانا احب اليّ معناه الاغناء
عن السوال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل
فريق فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ رضي الله عنه وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان
الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل
الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان
مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها
فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب
لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام لتقع قربة واليسار لقوله عليه السلام
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه
لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنا في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها
مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب
حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله
عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج
عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه تضاف اليه يقال زكوة الرأس وهي
امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد
اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار
لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار
فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لان الشرع
اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها
في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان كانوا

في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاه استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر رحمه الله على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي رحمه الله على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب وصاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي رحمه الله من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما ان الزبيب والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد بدقيقه من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رحمه الله لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش رحمه الله تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رحمه الله والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي رحمه الله بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر باغنائه كيلا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية والله اعلم

كتاب الصوم

قال الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب

النذر والنية من شرطه وسنبينه وتفسيره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام
لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الكل ضرورة انه صوم
لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزى عنده ولنا قوله عليه السلام بعد ما شهد الاعرابي برؤية
الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة
والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل حتى لو نوى بالنهار انه صايم من حين نوى لا من اول
اليوم لا يصير صايما عندنا ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة
باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود
بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف
على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة
الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو
الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى
فيشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله لانه لا تفصيل
فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر
وقال الشافعي رحمه الله في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض
فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم
جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي
الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا صام
المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في
صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما
صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة
فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية
قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان

يصبح غير صايم اني اذا لصايم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك
في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي
جاز ويصير صايما من حين نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال
الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صايما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس
وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا
الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان رأوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة
شعبان ثلثين يوما لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال
فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد
ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان
الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه
تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد
الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون
والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة
ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا
لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي وهو التقدم
على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة
يلازم كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان
بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق
صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة ايام من آخر الشهر فصاعدا
وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعايشة
وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي
العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والعصيان الذي دل عليه قوله عليه السلام

من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ﷺ. والرابع أن يضجع في أصل النية بأن ينوي أن يصوم غداً إن كان من رمضان ولا يصوم إن كان من شعبان، وفي هذا الوجه لا يصير صائماً لأنه لم يقطع عزيمته فصار كما إذا نوى أنه إن لم يجد غداء غداً يفطر وإن لم يجد يصوم. والخامس أن يضجع في وصف النية بأن ينوي إن كان غداً من رمضان يصوم عنه وإن كان من شعبان فعن واجب آخر، وهذا مكروه لتردده بين أمرين مكروهين، ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه لعدم التردد في أصل النية، وإن ظهر أنه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لأن الجهة لم تثبت للتردد فيها وأصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعاً غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطاً. وإن نوى عن رمضان إن كان غداً منه وعن التطوع إن كان من شعبان يكره لأنه ناو للفرض من وجه، ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما مر، وإن ظهر أنه من شعبان جاز عن نفله لأنه يتأدى بأصل النية، ولو أفسده يجب أن لا يقضيه لدخول الإسقاط في عزيمته من وجه. ومن رأى هلال رمضان وحده صام وإن لم يقبل الإمام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته، وقد رأى ظاهراً. وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة، وقال الشافعي رحمه الله عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع لأنه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكماً لوجوب الصوم عليه. ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فأورث شبهة، وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات. ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه. ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام لأن الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار، ولو أفطر لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده. وإن كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو عبداً لأنه أمر ديني فأشبه رواية الأخبار، ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة، وتشترط العدالة لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول. وتأويل قول الطحاوي رحمه الله عدلاً كان أو غير عدل أن يكون مستوراً. والعلة غيم أو غبار أو نحوه. وفي إطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعدما تاب وهو ظاهر الرواية لأنه خبر، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه. وكان الشافعي رحمه الله في أحد قوليه يشترط المثنى، والحجة عليه ما ذكرنا، وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد في

هلال رمضان. ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوماً لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله للاحتياط ولأن الفطر لا يثبت بشهادة الواحد، وعن محمد رحمه الله أنهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وإن كان لا يثبت بها ابتداء كالإرث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة. وإذا لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم، لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعاً كثيراً، بخلاف ما إذا كان بالسماء علة لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر. ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة، وعن أبي يوسف خمسون رجلاً اعتباراً بالقسامة. ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع، وإليه الإشارة في كتاب الاستحسان، وكذا إذا كان على مكان مرتفع في المصر. ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطاً، وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب. وإذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه. والأضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الأصح، خلافاً لما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الأضاحي. وإن لم تكن بالسماء علة لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا. ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلى أن قال ثم أتموا الصيام إلى الليل، والخيطان بياض النهار وسواد الليل. والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية، لأنه في حقيقة اللغة هو الإمساك لورود الاستعمال فيه إلا أنه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة، واختص بالنهار لما تلونا ولأنه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار أولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة. والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الأداء في حق النساء.

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال: وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسياً لم يفطر، والقياس أن يفطر وهو قول مالك رحمه الله لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسياً في الصلاة. وجه الاستحسان

قوله عليه السلام للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا
في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة
فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل
ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رحمه الله فانه يعتبره بالناسي ولنا
انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل
غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلث
لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال
عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني
بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل
لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي
كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة
ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك ادير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله
تعالى وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي
صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة تفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ
بالشبهات كالحدود ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره اذا لم يأمن
لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يأمن يعتبر
عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة مثل
التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه كره المباشرة الفاحشة لانها قل ما تخلو عن الفتنة
ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه
وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه
الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه
خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر رحمه الله يفطر
في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه

فكان بمنزلة

فكان بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها
قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد رحمه الله ان الصائم اذا
ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى
وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف رحمه الله وعند زفر رحمه الله عليه الكفارة
ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام
من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان
ملء الفم فسد عند ابي يوسف رحمه الله لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد رحمه الله
لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده
فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد
صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج وعند محمد
يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عامدا ملء فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس
متروك به ولا كفارة عليه ~~الحديث وعند ابي يوسف رحمه الله~~ لعدم الصورة وان كان اقل من ملء
الفم فكذلك عند محمد رحمه الله لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكما
ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد
فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة والحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة
عليه لعدم المعنى ومن جامع عمدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة و
الكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان
قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا تجب الكفارة بالجماع
في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة
ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل خلافا للشافعي رحمه الله لان الجناية
تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل
تجب على المرأة وقال الشافعي رحمه الله في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله
وانما هي محل الفعل وفي قول يتحملها عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر

في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث ولان السبب جناية الافساد
لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل
او شرب ما يتغذى به او ما يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه
لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا
ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب
الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار
لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت
قال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة فقال لا املك
الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم فقال
اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يؤتى بعرق من تمر ويروى
بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي المدينة
احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك تجزيك ولا تجزي احدا بعدك وهو حجة
على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع
فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة
وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق
غيره به ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل ولوجود
معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة
ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن
وان داوى جائفة او آمة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة رحمه الله والذي
يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما
في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل
فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في
احليله لم يفطر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع

عند ابي يوسف

عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج منه البول ووقع عند ابي حنيفة رحمه الله ان المثانة
بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر
صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها
الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا يرى ان لها
ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا
لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما
لانه يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل
لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو
ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه
ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم
يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون
وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك
من غير فصل وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم
الشهيد قلنا هو اثر العبادة فاللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق
بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا **فصل** ومن كان مريضا في رمضان فخاف
ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر وهو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو
كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه
وان كان لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل
نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي
الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين
فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد وان مات المريض والمسافر وهما على حالهما
لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما

القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام
وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبين محمد رحمه الله وليس بصحيح
انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة
السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك • وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه
لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب • وان اخره حتى دخل رمضان آخر
صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء • ولا فدية عليه لان وجوب القضاء
على التراخي حتى كان له ان يتطوع • والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولدهما افطرتا وقضتا
دفعا للحرج • ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر • ولا فدية عليهما خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا خافت على
الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد
ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا • والشيخ الفاني الذي لا يقدر
على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين
يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه • ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية
استمرار العجز • ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني • ثم لا بد
من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي
تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها
جبرية • ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث • والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ وكل
صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح • ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد
عن احد ولا يصلي احد عن احد قال • ومن دخل في صوم التطوع او صلوة التطوع ثم افسده
قضاه خلافا للشافعي رحمه الله له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى
قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي يجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح
الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عليه السلام
افطر واقض يوما مكانه • واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت

بالتشبه

بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية
ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت
الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية معدومة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر
والصبا قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية
الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان
الكافر ليس من اهل التطوع ايضا والصبي اهل له • واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال
فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع • وان كان في رمضان
فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح
له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة
المبيح قال • ومن اغمي عليه في نهار رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود
الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه • وقضى ما بعده لانعدام النية •
قال • وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رحمه الله لا يقضي
ما بعده لان الصوم في رمضان عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل
يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف
قال • ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا
في التاخير لا في الاسقاط • ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رحمه الله هو يعتبره بالاغماء ولنا
ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج •
وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان لم يجب عليه الاداء
لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية
بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج
في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات • ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا ظاهر الرواية
وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم
جن وهذا مختار بعض المتاخرين • ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر

يتادّى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه
يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة
الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة • ومن اصبح غير ناوٍ للصوم فاكل
لا كفارة عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله عليه الكفارة لانه يتادّى بغير النية عنده
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال يجب الكفارة لانه فوّت امكان التحصيل
فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلّقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا
بالنية • واذا حاضت المراة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها
وقد مر في الصلوة • واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك
في اول اليوم هو يقول ان التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا
او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء
والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه
عن الصوم قال واذا تسحّر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان
الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بقدر الممكن او نفيا
للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر • ولا كفارة عليه لان الجناية
قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد
بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة • ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور
بركة • والمستحب تاخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور
والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم
ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في موضع
لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد
اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك • وان كان اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فعليه
قضاؤه عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال

الا بمثله

الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية • ولو شك
في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار • ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل
وان كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل
• ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو
النهار • ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون
الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة
الحكمية بالنظر الى القياس ولا تنتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه • ولو احتجم فظن ان ذلك
يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه
فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد لان قول
الرسول عليه السلام لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي
الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث • وان عرف تاويله تجب
الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس • ولو اكل بعد ما
اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مأوّل
بالاجماع • واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر ههنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر • ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

قال واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى وهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه
نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن
المعصية المجاورة • ثم يقضي اسقاطا للواجب • وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما
التزمه • وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا
او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لا يكون يمينا لان اليمين

محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابى يوسف رحمه الله يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابى يوسف
ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثانى فلا ينتظمهما
ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافى بين الجهتين لانهما يقتضيان
الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين
جهتى التبرع والمعاوضة فى الهبة بشرط العوض ولو قال لله على صوم هذه السنة افطر يوم
الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا
لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها فى هذا الفصل موصولة
تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويتاتى فى هذا خلاف زفر والشافعى رحمهما الله للنهى عن الصوم
فيها وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا فى هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد
بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما
يلتزمه الكامل والمؤدى ناقص لمكان النهى بخلاف ما اذا كان عينها لانه التزم بوصف النقصان
فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه
ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شىء عليه وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله فى النوادر ان عليه القضاء
لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع فى الصلوة فى الوقت المكروه والفرق لابى حنيفة رحمه الله
وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع فى الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا
للنهى فيجب ابطاله ولا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا للنهى بنفس النذر وهو
الموجب ولا بنفس الشروع فى الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب
صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يجب القضاء فى فصل الصلوة
ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبى عليه السلام واظب عليه
فى العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث فى المسجد مع الصوم
ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا

خلافا

خلافا للشافعى رحمه الله والنية شرط فى سائر العبادات وهو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه
فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس فى مقابلة النص
المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى
الحسن عن ابى حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفى رواية الاصل وهو
قول محمد رحمه الله اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا ترى انه يقعد
فى صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء فى رواية الاصل
لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفى رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف
لا يصح الا فى مسجد الجماعة لقول حذيفة رضى الله عنه لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة وعن ابى حنيفة
انه لا يصح الا فى مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى
فيه اما المراة تعتكف فى مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج
من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة لحديث عائشة رضى الله عنها كان النبى عليه السلام
لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج فى تقضيتها فيصير
الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما
الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهى معلوم وقوعها وقال الشافعى الخروج اليها مفسد لانه
يمكنه الاعتكاف فى الجامع ونحن نقول الاعتكاف فى كل مسجد مشروع واذا صح الشروع فالضرورة
مطلقة فى الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه
يخرج فى وقت يمكنه ادراكها ويصلى قبلها اربعا وفى رواية ستا والاربع سنة والركعتان تحية
المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف فى سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت بها
ولو اقام فى المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه
التزم اداءه فى مسجد واحد فلا يتمه فى مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير
عذر فسد اعتكافه عند ابى حنيفة رحمه الله لوجود المنافى وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون
اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان فى القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب
والنوم يكون فى معتكفه لان النبى عليه السلام لم يكن له ماوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء

لهذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج • ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر
السلعة لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة
للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع
والشراء فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم • ولا يتكلم
الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون ماثما •
ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة
لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظور فيه كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم
يتعد الى دواعيه • فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف
بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان • ولو جامع فيما دون الفرج فانزل
او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم • ولو لم ينزل لا يفسد
وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم • قال ومن اوجب
على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها
من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها • وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع
لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق
لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت
نيته لانه نوى الحقيقة • ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين لزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف
لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى
معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة والله اعلم بالصواب

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا
عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب
وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلا ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة
فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتكرر فلا يتكرر الوجوب • ثم هو واجب

على الفور

على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه
وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة
واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت
في مثله نادر • وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام
وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن
الصبيان • والعقل شرط لصحة التكليف • وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم • والاعمى
اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما وقد مر في كتاب الصلوة • واما المقعد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه
المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي
يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه • ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى به شق
محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن السبيل اليه فقال
الزاد والراحلة وان امكنه ان يكترى عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم يجد الراحلة
في جميع السفر • ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه
لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية • ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده
لان النفقة حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره • وليس من شرط الوجوب
على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زايدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة • ولا بد
من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه • ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء
وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد
والراحلة لا غير • قال ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما
اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نسوة
ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم
يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها
بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير المحرم

واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتاتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التاقيت المنع عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك كذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم

وفي العمرة الحل لانه عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة رضي الله عنها ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به والله اعلم بالصواب

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضا والغسل افضل لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلام اتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رحمه الله انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسال التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي ان النبي عليه السلام لبى في دبر صلوته فان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان

اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم اجمعين زادوا على المأثور ولان المقصود
الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه • واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة
لا تتأدى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا
في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة
ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا
رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير
الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه
من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي
بصيغة النفي • والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء • والفسوق المعاصي
وهي في حال الاحرام اشد حرمة • والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت
الحج وتأخيره • ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم • ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث
ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمارا وحشيا وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي عليه السلام لاصحابه
هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه امن
بتوحشه وبعده عن الاعين • ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين
فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء وقال
في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب ههنا المفصل الذي في وسط
القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد رحمهما الله • قال ولا يغطي وجهه ولا رأسه و
قال الشافعي رحمه الله يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة
في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا في محرم
توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بطريق الاولى وفائدة ما روي
الفرق في تغطية الرأس • قال ولا يمس طيبا لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل وكذا
لا يدهن لما روينا • ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الاية • ولا يقص لحيته
لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث • قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا

بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس • قال الا
ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بلبس المعصفر
لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة • قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام
لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم • ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس
ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت • ولو
دخل تحت استار الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال
ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رحمه الله يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة
ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان • ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه
نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس • قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا
او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم كانوا
يلبون في هذه الاحوال • والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال
الى حال • ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية
والثج اسالة دم الهدايا • قال فاذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي عليه السلام كما
دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه • ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه
دخول بلدة فلا يختص باحدهما • واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول
اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات
لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن • قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود
فاستقبله وكبر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر
وهلل • قال ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من
جملتها استلام الحجر • قال واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي
عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه • وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي
الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر
ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب • قال وان امكنه ان يمس الحجر

شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبّل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه• وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبّر وهلّل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عليه السلام قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط• والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ويجعل طوافه ماوراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر ويسمى حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه بنص الكتاب فلا تتادى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه• قال ويرمل في الثلاث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر• وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبّر وهلّل على ما ذكرنا• ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما• ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر• قال ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب عنده ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب• ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر• والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان

يفتتح

يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي• قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك رحمه الله انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب• وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم• قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود• ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة• قال ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط• قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام فيه ابدؤوا بما بدأ الله تعالى به• ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية• قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله• ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع• ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بيّنا• قال فاذا كان قبل يوم

يوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منا والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة
فالحاصل ان فى الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنا فى اليوم
الحادى عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب فى ثلثة ايام متوالية
اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعلم ويوم التروية ويوم
النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفى القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى
منا فيقيم بها حتى يصلى الفجر من يوم عرفة لما روى ان النبى عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة
فلما طلعت الشمس راح الى منا فصلى بمنا الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات
ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنا اجزاه لانه لا يتعلق بمنا فى هذا
اليوم اقامة نسك ولكنه اساء فى تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه قال ثم يتوجه الى
عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام
حكم قال فى الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة
فى الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا زالت الشمس
يصلى الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدى فيخطب خطبة يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة
ورمى الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب خطبتين بينهما جلسة كما فى الجمعة هكذا فعله
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال مالك رحمه الله يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير
فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفى ظاهر المذهب
اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما فى الجمعة وعن ابى يوسف رحمه الله انه يؤذن قبل خروج
الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبى عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته
اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع فى الصلوة فاشبه
الجمعة قال ويصلى بهم الظهر والعصر فى وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض
باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر رضى الله عنه ان النبى عليه السلام صلاهما
باذان واقامتين ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى
قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود

الوقوف

الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر فى ظاهر الرواية
خلافا لما روى عن محمد لان اشتغاله بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر
فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر فى رحله
وحده صلى العصر فى وقته عند ابى حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى
امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابى حنيفة ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز
تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر
عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا فى الموقف لا لما ذكرا اذ لا منافات ثم عند ابى حنيفة الامام شرط
فى الصلوتين جميعا وقال زفر رحمه الله فى العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف
الاحرام بالحج ولابى حنيفة ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على
ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام فى حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال
فى رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفى اخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة
قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبى
عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف موقف الاعظم
قال وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن
عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادى محسر قال وينبغى للامام ان يقف بعرفة
على راحلته لان النبى عليه السلام وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا
وينبغى ان يقف مستقبل القبلة لان النبى عليه السلام وقف كذلك وقال عليه السلام خير المواقف
ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روى ان النبى عليه السلام كان يدعو
يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا
تفصيلها فى كتابنا المترجم بعدة الناسك فى عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى قال وينبغى
للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغى ان يقف وراء الامام
ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا قال ويستحب
ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد فى الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء

بعرفة

جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف
لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم • ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك رحمه الله
يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي
عليه السلام ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فياتي بها الى اخر
جزء من الاحرام • قال فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا المزدلفة
لان النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عليه السلام يمشي
على راحلته في الطريق على هينته • فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة
اجزاه لانه لم يفض من عرفة • والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون اخذا في الاداء قبل وقتها •
ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رضي الله
عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت • قال واذا اتى المزدلفة فالمستحب
ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عليه السلام وقف عند هذا الجبل
وكذا عمر رضي الله عنه • ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او يساره •
ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة • قال ويصلي الامام بالناس المغرب
والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر رحمه الله باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا
رواية جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته
فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام • ولا
يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع • ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي
ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام صلى
المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء • ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله
لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته • ومن صلى المغرب في الطريق
لم يجزه عند ابي حـ ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء • وعلى
هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا
ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عليه السلام قال لاسامة رضي الله عنه في طريق

المزدلفة

المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع
بين الصلوتين بالمزدلفة وكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما • واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع
فسقطت الاعادة • قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقدم العصر
بعرفة • ثم وقف ووقف معه الناس فدعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي
في حديث ابن عباس رضي الله عنهما واستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم • ثم هذا الوقوف
واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله
تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قدم ضعفة
اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا
الوجوب بقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه
علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت
امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا • قال والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر
لما روينا من قبل • قال واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس حتى ياتوا منى قال رضي الله عنه
هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي عليه السلام
دفع قبل طلوع الشمس • قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل
حصى الخذف لان النبي عليه السلام لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه
السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا • ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا
بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره • ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك
والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا • ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن
عمر رضي الله عنهم ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي • ولا يقف عندها
لان النبي عليه السلام لم يقف عندها • ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه
وروى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة
ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة • ومقدار الرمي ان يكون

بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لان ما دون ذلك يكون طرحاً ولو طرحها طرحاً اجزاه لانه رمي الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة السنة ولو وضعها وضعاً لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريباً من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيداً منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشأم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب او الفضة لانه يسمى نثاراً لا رمياً قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتباراً بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك الا الطيب ايضاً لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافاً للشافعي هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللاً يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي ان النبي عليه السلام لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر

عنا

عنا ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا فكان وقتهما واحداً واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضاً كان الطواف او نفلاً لما بينا قال وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى قال ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عليه السلام رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس من يوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبتدئ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه السلام مفسراً ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو بحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي عليه السلام قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضاً قال واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلث يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين

فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه لمن اتقى • والافضل ان يقيم لما روى ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلث فى اليوم الرابع • وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع • فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمى وفيه خلاف الشافعى • وان قدم الرمى فى هذا اليوم يعنى اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابى حنيفة وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت فى رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ولانه لما ظهر اثر التخفيف فى هذا اليوم فى حق الترك فلان يظهر فى جوازه فى الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثانى حيث لا يجوز الرمى فيهما الا بعد الزوال فى المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقى على اصل المروى • فاما يوم النحر فاول وقت الرمى فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعى رحمه الله اوله بعد نصف الليل لما روى ان النبى عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثانى وتاويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمى يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابى حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا فى هذا اليوم الرمى جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابى يوسف رحمه الله انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا • وان اخر الى الليل رماه ولا شىء عليه لحديث الرعاء • وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمى وعليه دم عند ابى حنيفة رحمه الله للتاخير على ما هو مذهبه • قال فان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل الرمى • وكل رمى بعده رمى فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمى ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروى عن ابى يوسف رحمه الله • ويكره ان لا يبيت بمنى ليالى الرمى لان النبى عليه السلام بات بمنى وعمر رضى الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها • ولو بات فى غيرها متعمدا لا يلزمه شىء عندنا خلافا للشافعى لانه وجب ليسهل عليه الرمى فى ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر • قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمى لما روى ان عمر رضى الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه • واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله

عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روى انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بنى كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بنى هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل فى الطواف • قال ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا للشافعى لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض تركه الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون • ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة • ويصلى ركعتى الطواف بعده لما قدمنا • وياتى زمزم فيشرب من مائها لما روى ان النبى عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقى الدلو فى البئر • ويستحب ان ياتى الباب ويقبل العتبة وياتى الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روى ان النبى عليه السلام فعل بالملتزم ذلك • قالوا وينبغى ان ينصرف وهو يمشى وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج

فصل

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بيناه سقط عنه طواف القدوم لانه شرع فى ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شىء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر • ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روى ان النبى عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال عليه السلام من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت ومالك رحمه الله وان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا • ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهى كلمة التخيير وقال مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف فى اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه • ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهى ليست

بشرط الكل ركن. ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ولو امر انسانا
بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال
الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم
وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله
انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود
بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه. قال والمرأة
في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجال غير انها لا تكشف راسها لانه عورة. وتكشف وجهها لقوله
عليه السلام احرام المرأة في وجهها. ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن
عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل. ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة.
ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة. ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه
السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق
الرجل. وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة. قالوا ولا تستلم الحجر اذا
كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا. قال ومن قلد بدنة
تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام
من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من
يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية
بفعل هو من خصايص الاحرام. وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة
مزادة او لحاء شجر. فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها
انها قالت كنت افتل قلايد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث بها واقام في اهله حلالا.
فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه
لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت
نيته بعمل هو من خصايص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء. قال الا في بدنة المتعة
فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه

الاستحسان

الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب
شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه
وفي غيره توقف على حقيقة الفعل. فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل
لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصايص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله
فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد
لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا. قال والبدن من الابل
والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم
كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة
وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزئ كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية
في الحديث كالمهدي جزورا.

باب القران

القران افضل من التمتع
والافراد وقال الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك رحمه الله التمتع افضل
من القران لان له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عليه السلام القران
رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام
يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة
في سبيل الله وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة
فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور
وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة
اهله على ما رويناه من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ
منهما ولا كذلك المتمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان
القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا. قال وصفة
القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة
فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء
اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق

اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك يقول
لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبداء بافعال العمرة فكذلك يبداء بذكرها وان اخر ذلك في
الدعاء والتلبية فلا باس لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا
بالصلوة فاذا دخل مكة ابتداء فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها
ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبداء بافعال الحج فيطوف طواف القدوم
سبعة اشواط ويسعى كما بيّنا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران
في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر
كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي يطوف
طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران
على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي
بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ولان القران ضم
عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر
للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى
ان شفع التطوع لا يتادى بتحريمة واحدة ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت
الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه
وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم
والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه
اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة
يوم النحر ذبح شاة او بقرة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه
فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير
وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا
لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن
لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع

فالقران

فالقران مثله لانه مترفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان
الافضل ان يصوم قبل يوم التروية ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي
فيستحب تاخيره الى اخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه
بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا
ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب
الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال
الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى في الحج وهذا
وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به
ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت
الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل
وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار
رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف
المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ايضا والفرق له بينه وبين
مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران
والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة
لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر والله اعلم

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد
سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة
نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة
والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع
الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها
ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى
ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك ان اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا

هكذا فعل النبي عليه السلام في عمرة القضاء وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي
وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم الآية نزلت في عمرة القضاء ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك
رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عليه السلام
في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا
يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان يوم التروية
احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات
المكي في الحج الحرم على ما بيّنا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة
ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم
بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة
وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي
بيّناه في القران فان صام ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلثة لان سبب وجوب هذا
الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه
وان صامها بمكة بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له قوله تعالى فصيام
ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بيّنا
فضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بيّنا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي
احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عليه السلام ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا
ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه
والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد
لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق
الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه
ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة رحمه الله ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق
سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عليه السلام

طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب اليمين اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع
مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما حسن وعند الشافعي رحمه الله سنة لانه مروي عن النبي عليه السلام وعن
الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل
وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا
بحسنه ولابي حنيفة رحمه الله انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار
النبي عليه السلام لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة
كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد
قال فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بيّنا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه
لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت
الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية
كما يحرم اهل مكة على ما بيّنا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجّل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل
لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق
وعليه دم وهو دم المتمتع على ما بيّنا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل
في الحج كالسلام في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة
خلافا للشافعي رحمه الله والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما
للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة
المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته
وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن
ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين المامًا صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي
عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه
ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم
بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فصح المامه باهله ومن

احرم بعمرة قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان
متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر
والاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن
متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل
منها قبل اشهر الحج ومالك رحمه الله يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء
الافعال والمتمتع المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال
وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم
ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد
من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه
وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه
الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل
زمان وصار كالتقديم على المكان قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها
وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في
سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون
متمتعا لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان
السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة
فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو متمتع لانه انشأ سفرا وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على
سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون
متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان
فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق
لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج
وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط

دم المتعة

دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المراة فضحت بشاة
لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الاحرام
اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة
رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا الاغتسال
للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا واذا حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة
ولا شيء عليها لطواف الصدر لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا
فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي
حنيفة رحمه الله ويرويه البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك
والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة
فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان
الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل
من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي
المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله
ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى
وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي
عن ابي يوسف رحمه الله قال فان خضب راسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء
طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب راسه بالوسمة
لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع
فعليه الجزاء باعتبار انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على ذكر الراس
في الجامع الصغير دل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره
فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث
فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رحمه الله انه اصل الطيب لا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين

الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه
كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما
اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى
به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب وطيب من وجه فيشترط
استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا
او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا وقال الشافعي رحمه الله يجب
الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من
اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع
عادة وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى
بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في
القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه
والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا غطى جميع رأسه يوما
كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اعتبر
الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس
وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا
فعليه الدم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل و
قال الشافعي رحمه الله يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس
ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو
لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها
فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد
منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي
الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه دم

وان كان

وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فتتكامل بحلق
كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا
الماخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة
ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص
حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها
الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل
الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فتجب الدم وان حلق رأس محرم
بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم وقال الشافعي رحمه الله لا يجب ان كان
بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل
والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي الماثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما
نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية
وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار
كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه واما
الحالق يلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا
ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات
الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب
حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث
غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه
فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها
فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد
وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت

الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تجب اربعة دماء ان قلّم
فى كل مجلس يدًا او رجلًا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما فى آى السجدة
• وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما فى الحلق • وان قص اقل من خمسة اظافير
فعليه صدقة للربع مقام الكل كما فى الحلق معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر تجب الدم بقص ثلثة
منها وهو قول ابى حنيفة الاول لان اظافير اليد الواحدة دما والثلث اكثرها وجه المذكور فى الكتاب
ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدى
الى ما لا يتناهى • وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابى حنيفة وابى يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الرأس من
مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه
ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر
طعام مسكين • وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء •
قال وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شئ عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس
من شجر الحرم وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق
على ستة مساكين بثلثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام
او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه بما ذكرنا والاية نزلت فى
المعذور • ثم الصوم يجزيه فى اى موضع شاء لانه عبادة فى كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بينا
واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا فى زمان او مكان وهذا
الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان • ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية
والتعشية عند ابى يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك
وهو المذكور

فصل

فان نظر الى فرج امرأته بشهوة فامنى لا شئ عليه لان المحرّم
هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى • وان قبّل او لمس بشهوة فعليه دم وفى الجامع
الصغير يقول اذا مسّ بشهوة فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل ذكره فى الاصل وكذا
الجواب فى الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعى انه يفسد حجه فى جميع ذلك اذا انزل واعتبره

بالصوم

بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع
مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور
الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرّم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون
الفرج • وان جامع فى احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضى فى الحج كما يمضى من
لم يفسد حجه والاصل فيه ما روى ان النبى عليه السلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال
يريقان دما ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم
وقال الشافعى تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء
لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه
لا قضاء • ثم سوّى بين السبيلين وعن ابى حنيفة ان فى غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطى
فكان عنه روايتان • وليس عليه ان يفارق امرأته فى قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا
من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعى اذا انتهيا الى المكان الذى جامعها فيه لهم انهما يتذاكران ذلك
فيقعان فى المواقعة فيتفرقان ولنا ان الجامع وهو النكاح بينهما قائم ولا معنى للافتراق قبل
الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة
فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق • ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه
بدنة خلافا للشافعى فيما اذا جامع قبل الرمى لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب
البدنة لقول ابن عباس رضى الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه • وان جامع
بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه فى حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى
بالشاة • ومن جامع فى العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضى فيها ويقضيها وعليه شاة
واذا جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعى تفسد
فى الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هى فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة
منه فتجب الشاة فيها والبدنة فى الحج اظهارا للتفاوت • ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا
وقال الشافعى جماع الناسى غير مفسد للحج وكذا الخلاف فى جماع النائمة والمكرهة هو يقول
الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق

في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات
الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم **فصل** ومن طاف طواف القدوم
محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف صلوة الا ان الله
تعالى اباح فيه المنطق فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير
قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان
الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع
ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو
طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة
لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة
اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد
الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة في
الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث
ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة
النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده
بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد
طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود باحرام جديد وان
لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه
محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء
ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل
منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه
دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه تجب
شاة الا ان الاول اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة

فيكتفي

فيكتفي بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان
بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود
ويبعث بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار
كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب
او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من
الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف
وراء الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين
اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله
ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو
المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج
من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان
في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء
وطواف الصدر في اخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه
دمان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى
طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب انما هو مستحب فلا ينقل
اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف
الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر
على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن
طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف
فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع
النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود
لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر
طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا

والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزمه بتركه الدم دون الفساد
ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لان الركن اصل
الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله
عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة
الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم
في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف
بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق
ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من
آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على
التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك
تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد
فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه دم لوجود ترك
الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا
وكذا اذا ترك الاكثر منها فان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثا تصدق لكل حصاة
نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فيكفيه الصدقة ومن
اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا
لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق
قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء
ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا
على نسك فعليه دم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام
فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه
دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره

في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة
جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم
لان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم اجمعين احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما
ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا
صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق
يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت
بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق
التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت
بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به قال فان
لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه ان اخرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به
في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله دم
بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم
واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر
محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الى آخر الآية وصيد البر ما يكون
توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش
في اصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور
والذئب والحداءة والغراب والحية والعقرب فانها مبتديات بالاذى والمراد به الغراب
الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله قال واذا قتل المحرم صيدا او دل
عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا
فجزاء الآية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول الجزاء تعلق بالقتل
والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة
وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام وانه
تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه

التزم الامتناع عن التوحش فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام
من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء
ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره
لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا • وسواء في ذلك
العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال • والمبتدئ
والعائد سواء لان الموجب لا يختلف • والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان يقوم
الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم
هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها
طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير وان شاء صام على
ما نذكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة
وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وهي الانثى من اولاد المعز اذا
بلغت اربعة اشهر وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل
من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضي الله عنهم
اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا
وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد يجب القيمة مثل العصفور
والحمام واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة شاة
ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع
كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص
والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله
ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير دون ايجاب المعين • ثم الخيار الى القاتل في ان
يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله
الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام

فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار
اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية
ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام
بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع
وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما
في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف
القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما
يباع فيه ويشترى • قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق
العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص • والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز
الطعام في غيرها خلافا للشافعي هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول
الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان
والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا
تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه • واذا وقع الاختيار على الهدي
يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله
يجزيه صغار النعم فيها لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام
يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته • واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق
على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم كل مسكين اقل
من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع • وان اختار الصيام
يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير
الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه
معهود في الشرع كما في باب الفدية • فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء
تصدق بها وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان

الواجب من طعام مسكين يطعم قدر الواجب ويصوم يوما كاملا لما قلنا. ولو جرح صيدا
او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد
ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوّت عليه
الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه. ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن
علي وابن عباس رضي الله عنهم ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد
احتياطا ما لم يفسد لان حيوة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معدّ ليخرج منه الفرخ
الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت
جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما. وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية والعقرب والفارة
والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية
والعقرب والفارة والكلب العقور وقال عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة
والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب
العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط لانه
يبتدئ بالاذى. اما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي
حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمستوحش منها سواء لان المعتبر في ذلك
الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة
لانهما لا يبتديان بالاذى. وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها
ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد النمل السودا
والصفراء التي يوذي وما لا يوذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى. ومن قتل قملة
تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير
اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم
يكن مشبعا. ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن
اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة
ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن

اخذه

اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن
من اجزاء الصيد فاشبه كله. ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه
الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق
المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا
بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد
واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك. ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر تجب بالغة
ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته
لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذي ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا. واذا
صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع من التعرض
لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق فلان يكون
ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل
الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد. وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه
الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل. ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة
والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد
بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة. ولو ذبح حماما مسرولا فعليه
الجزاء خلافا لمالك رحمه الله له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطؤ نهوضه ونحن نقول
الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض
فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند
لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم. واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها و
قال الشافعي رحمه الله يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة
فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي
قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه. فان اكل المحرم الذابح من ذلك

شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء
عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره
ولابي حنيفة ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي
اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصار حرمة التناول بهذه الوسائط
مضافا الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه • ولا بأس بان ياكل
المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك
رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله عليه السلام لا بأس باكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده
او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه
السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه
ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان
ووجه الحرمة حديث ابي قتادة وقد ذكرناه • وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها
على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها
ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت
وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار
معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر رحمه الله يجزيه الصوم
اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان • ومن دخل الحرم
بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول حق الشرع لا يظهر
في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار
هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع
لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت
الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من المحرم او الحلال لما قلنا • ومن احرم وفي بيته
او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي رحمه الله عليه ان يرسله لانه متعرض
للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون

وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى
الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه
في ملكه ولو ارسل في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه
ارساله لكن على وجه لا يضيع • فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه
في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع
يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف • وان اصاب محرم صيدا فارسله
من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق
المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر
في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك
والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا • ويرجع الآخذ
على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان
الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في
معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه • فان قطع حشيش الحرم او شجره الذي ليس بمملوك وهو
مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى
خلاها ولا يعضد شوكها • ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة تناولها بسبب الحرم
لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا • ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا ادى
ملكه كما في حقوق العباد • ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في
بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان
شاء الله تعالى • والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب
الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته
انسان التحق بما ينبت عادة • ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمته لحرمة الحرم حقا

للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك فى الحرم • وما جف من شجر الحرم فيه لانه ليس بنام

• ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رح لا باس بالرعى لان فيه ضرورة

فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما رويناه والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش

الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه

وبخلاف الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شىء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على

المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعى رحمه الله دم واحد بناء على انه محرم

باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير

محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رحمه الله لان المستحق عليه عند الميقات احرام

واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد • واذا اشترك محرمان فى قتل صيد فعلى كل واحد

منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد

الجناية واذا اشترك حلالان فى قتل صيد فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء

عن الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطاء يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما

كفارة • واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه

بعد ما قتله بيع ميتة • ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هى واولادها فعليه

جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقى مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى

مامنه وهذه صفة شرعية فتسرى الى الولد • فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد

لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل والله اعلم

باب ❀ ❀ ❀ مجاوزة الميقات بغير احرام

واذا اتى الكوفى بستان بنى عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم

الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله

وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شىء لبى او لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى او لم

لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه

تدارك المتروك فى اوانه وذلك قبل الشروع فى الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك

المتروك

المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما

ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة فى الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير

الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافى بعوده ملبيا • وعلى هذا الخلاف

اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة فى جميع ما ذكرنا • ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف

واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذى

ذكرنا اذا كان يريد الحج والعمرة • فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته

البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام

بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستانى ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد

بقوله ووقته البستان جميع الحل الذى بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق

به • فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شىء يريد به البستانى والداخل فيه لانهما

احرما من ميقاتهما • ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة

عليه اجزاه من دخوله مكة بغير احرام وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس اعتبارا بما لزمه

بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك فى وقته لان الواجب عليه

تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام فى الابتداء بخلاف ما اذا تحولت

السنة لانه صار دينا فى ذمته فلا يتادى الا باحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور فانه يتادى

بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثانى • ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة فافسدها

مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى

قياس قول زفر لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف فى فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام

وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من

المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه فى القضاء وهو يحكى الفائت

ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق • واذا خرج المكى يريد الحج فاحرم ولم يعد الى

الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى

او لم يلب فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى الآفاقى • والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم

فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه • فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي والله اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا • وان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه • وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاؤها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج • وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر • ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاول لزمته الاخرى ولم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو ان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع • وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما • ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة • ومن اهل بالحج ثم احرم

بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا السنة ويصير مسيئا • فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروع • فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل • فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء وان لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه • ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج • واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها • ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا • وان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما • وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكره في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ومشايخنا على هذا • فان فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ناتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين • وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان

بعمرة

آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار
بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام والحرج
في الاصطبار عليه مع المرض اعظم • واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح
في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار
قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به
التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم
لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل
التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته • ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي
والشاة ادناه ويجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا • وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها
لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى يشترى الشاة هناك وتذبح عنه وقوله
ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان
محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون
نسكا قبلها وفعل النبي واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف • قال وان كان
قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن
الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة • ولا
يذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما
يعتبران بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رحمه الله انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص
بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك
وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به • قال والمحصر
بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة
تجب قضاء لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج • وعلى المحصر بالعمرة القضاء

فالاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام
واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا
موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج • وعلى القارن
حجة وعمرتان اما الحج وواحدة منهما فلما بينا واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها • فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار
فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود
من التوجه وهو اداء الافعال • وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان
يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه
صنع به ما شاء وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه • وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل
لعجزه عن الاصل • وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم
لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج
يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم
بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو
الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه
ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه وكذا اذا خاف
على ماله لانه ينبغي له ان يضمن المبعوث على يديه بالذبح لفوات مقصود الحج ولا وجه لايجاب الضمان
عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي
النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعده • ومن وقف بعرفة ثم احصر
لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات • ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف
فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل • وان قدر على احدهما فليس بمحصر
اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا
وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل والله اعلم

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى
طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه • وعليه ان يطوف

ويسوق ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج
فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعد ما انعقد
صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتعين
عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق الحج بمنزلة الدم في حق
المحصر فلا يجمع بينهما ● والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها
فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره
العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم عرفة
قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن
مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص
وقته له فيصح الشروع ● والعمرة سنة وقال الشافعي فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة
كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية
غيره كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اولا تثبت
الفريضة مع التعارض في الآثار

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة
او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين احدهما
عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين
لامته ● والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما
كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب
ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود هو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع
الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب
النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة
القدرة لان باب النفل اوسع ● ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار
الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد

ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه
كالفدية في باب الصوم قال ● ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما
فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد
منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع
عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله
عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه
وههنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف
نفقة الآمر الى حج نفسه ● وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك
صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه
مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان
له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان
ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين
فاكتفى به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار
مخالفا ● قال ● فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله
من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد
بصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المأمور ● وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر
عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ● ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف رحمه الله على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر
راجع اليه فيكون عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج
عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت
لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا ● ودم الجماع
على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف
حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه فاته

باختياره أما إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم
في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا
عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات أو سرقت نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات الأول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي
مكان الحج أما الأول فالمذكور قول أبي حنيفة أما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع إليه إن بقي
شيء وإلا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي إذ تعيين الوصي كتعيينه وعند أبي يوسف
يحج عنه بما بقي من الثلث الأول لأنه هو المحل لنفاذ الوصية ولأبي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله
المال لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي لأنه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم إلى
ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل فيحج بثلث ما بقي وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة وهو
القياس أن القدر الموجود من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا قال عليه السلام إذا مات ابن
آدم انقطع عمله إلا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه
كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته
مهاجرا إلى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتبت له حجة مبرورة
في كل سنة وإذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه
ويبتنى على ذلك المأمور بالحج قال ومن أهل بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعله عن أحدهما لأن
من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه
وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل

باب الهدي

الهدي أدناه شاة لما روي أنه عليه السلام سئل عن الهدي
فقال أدناه شاة قال وهو من ثلاثة أنواع الإبل والبقر والغنم لأنه عليه السلام لما جعل
الشاة أدنى لا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ولأن الهدي ما يهدى إلى الحرم ليتقرب
به فيه والأصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا لأنه
قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء إلا
في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فإنه لا يجوز فيهما إلا بدنة

وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الأكل من هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك فيجوز
الأكل منها بمنزلة الأضحية وقد صح أن النبي عليه السلام أكل من لحم هديه وحسا من المرقة
ويستحب له أن يأكل منها لما روينا وكذا يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا
ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا لأنها دماء كفارات فقد صح أن النبي عليه السلام لما أحصر بالحديبية
وبعث الهدايا على يدي ناجية الأسلمي قال له لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح
هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الأصل يجوز ذبح دم
التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح لأن القربة في التطوعات
باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر
وفي أيام النحر أفضل لأن معنى القربة في إراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران فلقوله
تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولأنه
دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء وقال الشافعي
لا يجوز إلا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فإن كل واحد دم جبر عنده ولنا أن هذه
دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع
النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك قال ولا يجوز ذبح
الهدايا إلا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار أصلا في كل دم هو كفارة
ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة
كلها منحر ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لأن الصدقة قربة
معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لأن الهدي ينبئ
عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب وإن عرف بهدي المتعة
فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرف به ولأنه دم نسك فيكون
مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية
فيليق بها الستر قال والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل
لربك وانحر قيل في تأويله الجزور وقال تعالى أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح
عظيم

عظيم والذبح ما اُعِدَّ للذبح وقد صح ان النبي عليه السلام نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء

نحر الابل في الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما

روي انه عليه السلام نحر الهدايا قياما واصحابه رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد

اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح

ايسر والذبح هو السنة فيهما قال والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روي

ان النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا

رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا

يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي

اجر الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار

منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها

خالصا لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان

يحتاج الى ركوبه لما روي ان النبي عليه السلام رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله

انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما انتقص من ذلك وان كان لها

لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى

ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق

بلبنها كيلا يضر ذلك بها فان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه

ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل

وقد فات فان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته

وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من

غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق

فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل منها هو ولا غيره

من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل

قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء ولان الاذن

يتناوله

يتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء

افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة

اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي

التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد

دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر

فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا

لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسائل منثورة اعلم ان اهل عرفة اذا وقفوا

في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا

يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان

ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج

لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن

وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية

لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك

جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس انصرفوا

لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه

الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم

الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى

الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك

الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى

قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق

الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت

منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه

لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة

الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم
متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من
حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل فيه نقصا
قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه
ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها
وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية
منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا للمشتري
الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف
النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان
له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رحمه الله يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها
وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او قلم ظفر ثم
يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى
ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان
الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد
بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول
زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء
الله تعالى وينعقد بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي
لا ينعقد الا بلفظة النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان
التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالكة والمملوكة اصلا
ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح
والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد
بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا
الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين
بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف
قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح
الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار
الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية
بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط
وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات
ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون
من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه فكذا لا يحرم على غيره لانه من
جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون
من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة
العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمة الله عليهما لا يجوز لان السماع في النكاح
شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت
في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر
اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج
لان العقد ينعقد بكلامهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته
الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا
لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا او معبرا فبقي المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا
لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة
بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى

الآية

حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع
قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا
ببنات اخيه ولا ببنات اخته ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية
ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة
الاسم عامة ولا بام امراته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد
بالدخول ولا ببنت امراته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره
او في غير حجره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال
بنفي الدخول ولا بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامراة ابنه
وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار
التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة
لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان
تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ
الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الامة
اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة
ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين
في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق
ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما
وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المراة
وعمتها او خالتها او ابنة اختها او ابنة اخيها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا
على خالتها ولا على ابنة اختها ولا على ابنة اخيها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب

عقله

بمثله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما
يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع
يحرم لما روينا من قبل ولا باس بان يجمع بين امراة وابنة زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة
بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له ان
يتزوج بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان
تصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي
الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب
الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله
وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
والوطي محرم من حيث انه سبب للولد لا من حيث انه زنى ومن مسته امراة بشهوة
حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله لا يحرم وعلى هذا الخلاف مسه امراة
بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليس في معنى
الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به
ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس
بشهوة ان تنتشر الالة او يزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل
ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه
لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في الدبر واذا
طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال
الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا
للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاول قائم لبقاء احكامه
كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب
الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق
ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات

شركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة • ويجوز
تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف ولا فرق
بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله تعالى • ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم • قال ولا الوثنيات لقوله
تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن • ويجوز تزويج الصابئيات ان كانوا يؤمنون بدين
نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب • وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب
لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل
اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم • ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة
الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له
قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم و
ما رواه محمول على الوطي • ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح
لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض
الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل الحرة مانعا منه وعندنا الجواز
مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل
الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف • ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح
الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضا
الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت حل
المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام • ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام
وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها • قال فان
تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لان هذا ليس
بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله ان
نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود
ان لا يدخل غيرها في قسمها • وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج

اكثر

اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد
يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة
عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار • ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر
من اثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى
ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية • فان طلق الحر
احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح
وهو نظير مسألة نكاح الاخت في عدة الاخت • قال فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح و
لا يطاها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف النكاح فاسد
وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة
الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص
وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة
للزاني • وان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب • وان زوج ام ولده وهي
حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح
لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم
يتصل به الحمل • ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها
لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه • فاذا جاز النكاح
فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء
ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف
الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان
يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا •
ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك
رحمه الله هو جايز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة

رضي الله عنهم وابن عباس صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع • ونكاح الموقت باطل مثل ان
يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لان النكاح لا
يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق
بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد •
ومن تزوج امرأتين في عقدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح
الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه • ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل • ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة
فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي
لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة
ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان
الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح
نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

باب في الاولياء والاكفاء

قال وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا
كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد
الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح
بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا
رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي
من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب
الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو
لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو

لان كم من واقع لا يدفع ويروى رجوع محمد الى قولهما • ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على
النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا
يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على
الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصارت كالغلام وكالتصرف في المال
وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها • قال فاذا استأذنها الولي
فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت
ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على
الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة
بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا • قال وان فعل هذا غير ولي يعني
اذا استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات
الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير
الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه • ويعتبر في الاستئمار تسمية
الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه • ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح
لان للنكاح صحة بدونه • ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة
في السكوت لا يختلف • ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا
لهما • ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر • ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها
بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة
ولا مانع من النطق في حقها • واذا زالت بكارتها بوثبة او جراحة او تعنيس او حيضة فهي
في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي
لعدم الممارسة • ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة
والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل
عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق

به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها • واذا قال الزوج
بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت
اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضى المدة ونحن نقول انه يدعى
لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف
مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضى المدة • فان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح
لانه نور دعواه بالحجة • وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابى حنيفة رحمه الله وهى مسئلة الاستحلاف
فى الاشياء الستة وسياتيك فى الدعوى ان شاء الله تعالى • ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما
الولى بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولى هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا فى غير الاب وان
فى غير الاب والجد وفى الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة
ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبت نصا بخلاف القياس والجد ليس فى معناه
فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين
عادة ولا يتفق الكفو فى كل زمان فاثبتنا الولاية فى حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعى
ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور الشفقة وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف
فى المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف فى النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة
داعية الى النظر كما فى الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه فى سلب ولاية الالزام بخلاف
التصرف فى المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت
ولاية الالزام وجه قوله فى المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة
فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث
الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام
النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب فى العصبات فى ولاية الانكاح كالترتيب
فى الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعنى الصغير والصغيرة فلا خيار
لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه
برضاهما بعد البلوغ • وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان

اقام

اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور
الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب فى غير الاب
والجد يتناول الام والقاضى وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأى فى احدهما ونقصان الشفقة
فى الاخر فيتخير • فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل
ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما فى حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر
جلى وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء • ثم عند
اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم
فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولى ينفرد به فعذرت
ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل
بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار • ثم خيار البكر يبطل
بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجىء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا
دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح • وخيار البلوغ فى حق البكر
لا يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام فى حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل
لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات
المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما فى خيار المخيرة • ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق
لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذى
ملكها وهو مالك للطلاق • فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد
البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة
الفضولى اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا
نافذ فيتقرر به • قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم
فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى هؤلاء • ولا
ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته

عليه ولا يتوارثان • اما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه وتجري بينهما التوارث • قال ولغير العصبات
من الاقارب ولاية التزويج عند ابى حنيفة معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال
محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وقول ابى يوسف رحمه الله في ذلك
مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة
غير الكفوء اليها والى العصبات الصيانة ولابى حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق
بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة • قال ومن لا ولي لها
يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه اخر العصبات • واذا عدم
الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له • واذا غاب الولي
الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ولاية
الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو
جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى
من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها
حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا
منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد • قال والغيبة المنقطعة ان يكون
في بلد لا يصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر
لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفوء باستطلاع
رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ • واذا اجتمع في المجنونة ابوها
وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها
لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا
معتبر بزيادة الشفقة كابي الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن
الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون
للخسيس

للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش
واذا زوجت المراة نفسها من غير كفوء فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم
ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض
والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض
قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا
وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا
للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة • واما الموالي فمن كان
له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه • ومن اسلم بنفسه وله اب
واحد في الاسلام لا يكون كفوءا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف
الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف • ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوءا لمن له اب واحد في
الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام • والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق
اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة • وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول
ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما
تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا تعتبر لانه من امور الاخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا
اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به • وتعتبر
في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما
او لا يملك احدهما لا يكون كفوءا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج
ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابى يوسف رحمه الله انه اعتبر
القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما
الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر
على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا تعتبر
لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح • وتعتبر في الصنائع وهذا قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وعن
ابى حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن ابى يوسف انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ

وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الاخر ان
الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت
ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها
او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه
في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن
اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور
ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج الاب
ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك
لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه
ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد
وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة
ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي
المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج
ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن
الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله
لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي
لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول
في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير
ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى
رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول
وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل
وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي

ول

وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد
وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا
الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم
العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان
قال اخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي
قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا
فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب
واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل
جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار
كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا
عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه
ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف
يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه
واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا
الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة
لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد
لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا
العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا
استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج
بالكفؤ والله اعلم

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا
لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة
لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا
وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون

ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها زوجها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية وهذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رحمه الله والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهو درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول

نصف

نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفا بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم اديد على سلامة الالة ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها

مسائل الخلوة الصحيحة

الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت
صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق
فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر
المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب
مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل
واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان
جائزان وقال الشافعي رحمه الله يبطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك
في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى
الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على
تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته وان تزوج عبد باذن مولاه
على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين
لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا
تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال
والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته
ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف
خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها
باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع
في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان
المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل
لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد
للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها
على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة
عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان

المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم
طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق
وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان
انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي
باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض
وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة
وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل
العقد ولابي حنيفة ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا يرى ان الزيادة فيه لا تلتحق
حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف
وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته
لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق
سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما
اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها
على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة
تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان
لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد
تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند
فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها
على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر
مثلها لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال

زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان فيكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله تعالى • ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة • والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة • وان تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزاما في الابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعين اصل تسمية فيتخير بينهما • وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس • ولو سمى جنسا بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف

الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته • وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا • فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل • فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه خلا • وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انه تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد • فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا العبد الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رحمه الله لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده • واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء • فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله

هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر
المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم فى نفسه فيتقدر بدله بالقيمة
وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر
ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها
بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط فى اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت
من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداعى اليه والاقامة باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها
لقول ابن مسعود رضى الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس
قوم ابيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من
قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها
من قوم ابيها ويعتبر فى مهر المثل ان تتساوى المرأتان فى السن والجمال والمال والعقل
والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف
الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوى ايضا فى البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا
ضمن الولى المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار
فى مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولى اذا ادى على الزوج ان
كان بامره كما هو الرسم فى الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما
اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولى سفير ومعبر فى النكاح وفى البيع
عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله
ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا
باعتبار انه عاقد الا يرى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمرأة ان تمنع
نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اى يسافر بها ليتعين حقها فى البدل كما تعين حق الزوج
فى المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها
حتى يوفيها المهر كله اى المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل

الايفاء

الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما فى البيع وفيه
خلاف ابى يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابى حنيفة وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف
فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها
فى الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما
ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر
فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة
تصرف فى البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها
فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد اخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل
كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها
الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى
وفى قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر فالقول
قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها
فالقول قوله فى نصف المهر وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله القول
قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتى بشئ قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لان
المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر فالقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتى بشئ يكذبه الظاهر
فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضرورى فمتى امكن ايجاب شئ من المسمى لا يصار اليه
ان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه
الموجب الاصلى فى باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجر يحكم
قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله فى نصف المهر وهذا رواية
الجامع الصغير والاصل وذكر فى الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان
المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة فى الاصل
فى الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ فى العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها فى الجامع
الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور فى الجامع الصغير

ساكتٌ عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام
النكاح ان الزوج اذا ادّعى الالف والمراة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقلّ فالقول قوله
وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايّهما اقام البيّنة في الوجهين تقبل وان اقاما البيّنة
في الوجه الاوّل تقبل بيّنتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني تقبل بيّنته لانها تثبت الحطّ
وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي رحمه الله
وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلثة ثم تحكم مهر المثل بعد ذلك ● ولو كان الاختلاف
في اصل المسمّى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذّر القضاء بالمسمّى فيصار
اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل
لا يسقط بموت احدهما ● ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند
ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة ● وان كان في اصل
المسمّى فعند ابي حنيفة القول قول من انكر فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبيّنه
من بعد ان شاء الله تعالى ● واذا مات الزوجان وقد سمّى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث
الزوج وان لم يكن سمّى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في
الوجهين معناه المسمّى في الوجه الاوّل ومهر المثل في الثاني اما الاوّل فلان المسمّى دين
في ذمّته وقد تاكّد بالموت فيقضى من تركته الّا اذا علم انها ماتت اوّلا فيسقط نصيبه من ذلك
واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمّته كالمسمّى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما
ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدلّ على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدّر القاضي مهر المثل ● ومن
بعث الى امراته شيئا فقالت هو هديّة وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملّك
فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب ● قال الّا في الطعام
الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيّأ للاكل لانه يتعارف هديّة فامّا الحنطة
والشعير فالقول قوله لما بيّنا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من
المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوّج النصراني نصرانيّة على ميتة او على غير
مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلّقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك

الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمّيّة فلها
مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلّقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمه الله لها
مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الّا بالمال وهذا الشرع وقع
عامّا فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام
منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمّة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات
كالزنا والربوا وولاية الالزام متحقّقة لاتّحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمّة لا يلتزمون
احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجّة
وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمّة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل
الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلّها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام
الّا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل
السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصحّ ان الكلّ على الخلاف ● فان تزوّج
الذمّي ذمّيّة على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا
كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير
مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال
محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكّد للملك في المقبوض فيكون له
شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت
حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا
ومحمد يقول صحّت التسمية لكون المسمّى مالا عندهم الّا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة
كما اذا هلك العبد المسمّى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعيّن يتمّ بنفس العقد ولهذا
تملك التصرّف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر
المغصوب وفي غير المعيّن القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرّف
انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذّر القبض في غير المعيّن لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات
القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل

السلام تجبر على القبول فى الخمس بدون اخرٍ ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها والله اعلم بالصواب

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان فى تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر فى حق الكسب فبقى فى حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب فى رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر فى حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما فى دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان فى المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع فى المهر عنده وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا فى حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا فى حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح فى المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه كما فى البيع وبعض المقاصد فى النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطى ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة

ومن زوج عبدا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء فى مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقى حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى فى الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضى الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعى لا اجبار فى العبد وهو رواية عن ابى حنيفة لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذى هو سبب الهلاك او النقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابى حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبى وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل فى حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص او الدية فكذا فى حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة فى حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى لانه يعتبر فى حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن فى العزل الى المولى عند ابى حنيفة رحمه الله وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطى حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفى العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما فى الحرة بخلاف الامة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود

قوله فالاذن فى العزل هذه المسئلة تدل على جواز العزل خلافا لما قاله بعض الناس فى الاصل
فيه ما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين استاذنوا رسول الله عليه السلام
فى العزل فاذن لهم وقد جاء عن بعض المفسرين فى تفسير قوله نساؤكم حرث لكم
فأتوا حرثكم انى شئتم ان شئتم عزلا وان شئتم غير عزل

الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبعد ما فارقت الحرة وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت
فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري
فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها
حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك
رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال
زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف
الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناه في المكاتبة لان عدتها قرآن
وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة
وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة
الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها
مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل
بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ
العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر
آخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا
ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب
ووجهه ان له تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان
الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ثم هذا
الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها
حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي
رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة
معروفة ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر
لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن
المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على

مسئلة ولا يلزم على هذا اذا كانت مشتركة بين الاب والابن وولدت ولدا فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر اجماعا لان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد فلا ضرورة في تقديم الملك شرطا له فيثبت الملك في نصيب الابن حكما للاستيلاد فيجب العقر لا يلزم ايضا ما اذا وطي الاب جارية الابن وطئا غير معلق يجب العقر لان اثبات الملك بطريق التقدم كان للصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المعنى لا يتاتى ههنا كفاية

انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين
فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها
حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل
فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء
له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور
عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور
ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير
قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق
عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قال اعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد
النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول
سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه
كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن
اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير
ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء ليتنوب عنه والله اعلم بالصواب

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام و
المرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه
الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا
لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة
مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع
الاختلافات ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده

لمكان عقد الذمة واذا كان كذلك فلما ترافعوا او اسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام [illegible]

واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة
لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة ¶ فان تزوج المجوسي امه او بنته ثم اسلما فرق بينهما
لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام
فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة
لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما و
الفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض
اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ¶ ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما
¶ ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل
والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه ¶ وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل
وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان
احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما
باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ¶ ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع
نظر له اذ المجوسية شر والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح ¶ واذا اسلمت
المراة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك
طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت
فهي امراته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف لا تكون
طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا
بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده
متاكد فيتاجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب
تبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا تصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت
الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة
بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي
منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المراة ليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها

¶ ثم اذا فرق بينهما باباها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده بالدخول ¶ وان لم يكن دخل بها فلا مهر
لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعة ¶ واذا اسلمت المراة في دار الحرب
وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من
زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد
من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين
المدخول بها وغير المدخول بها وان لم يفصل كما مر له في دار الاسلام ¶ واذا وقعت الفرقة والمراة حربية
فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى ¶
واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى ¶ واذا خرج احد
الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع ولو سبي
احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي وقعت فالحاصل ان السبب
هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر
في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي يقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع
النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه
المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو
يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع ¶
واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان
الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت
اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية ¶ وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع
حملها وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه
ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا ¶ واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام والعياذ بالله وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف
مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة

والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا يتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها ● واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ● ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه منافٍ كابتدائها والله اعلم

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي عليه السلام من كان له امرأتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسمة بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا ● والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه ● والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط ● وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق ● والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم ● قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ● ولا يحتسب عليه بتلك المدة ● وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به ● وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ● ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فتقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الاية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب ● واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ● ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء ● وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي ● قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا ● الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه

بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطى امها
حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع • وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز
ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب فى النص لاسقاط اعتبار
التبنى على ما بيناه • ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه
الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة
وفى احد قولى الشافعى رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها
لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة
رضى الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف
اليه فى موضع الحرمة احتياطا • ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان
يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه
من ابيه ان يتزوجها • وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج الاخرى
هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت • ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التى ارضعت
لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها • ولا يتزوج الصبى المرضع اخت زوج المرضعة لانها
عمته من الرضاعة • واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب الماء
لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعى رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود
حكما حتى لا يظهر فى مقابلة الغالب كما فى اليمين • وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن
غالبا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضى الله عنه قولهما فيما
اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم فى قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما فى الماء
اذا لم يغيره شئ عن حاله ولابى حنيفة ان الطعام اصل واللبن تابع له فى حق المقصود فصار كالمغلوب
ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذى بالطعام اذ هو الاصل
وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته
على الوصول • واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم
يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما فى الماء • واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما

عند ابى يوسف لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر فى بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر
رحمهما الله تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشئ لا يصير مستهلكا فى جنسه لاتحاد
المقصود وعن ابى حنيفة رحمه الله فى هذا روايتان واصل المسئلة فى الايمان • واذا نزل
للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة
البعضية • واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبى تعلق به التحريم خلافا للشافعى رحمه الله
هو يقول الاصل فى ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا
لها ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن
لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر فى الميتة دفنا وتيمما اما الجزئية
فى الوطى لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا • واذا احتقن الصبى باللبن لم يتعلق
به التحريم وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد فى الصوم
اصلاح البدن ويوجد ذلك فى الدواء اما المحرم فى الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك فى الاحتقان
لان المغذى وصوله من الاعلى • واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس
بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة •
واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها
• واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين
الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع
وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر فى اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها • ويرجع به الزوج
على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن
محمد انه يرجع فى الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط
وهو نصف المهر وذلك يجرى مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح
وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب
لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت الكبيرة

مثبتة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع
الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون
الفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل
في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال
مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من
حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان
ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة
رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

كتاب الطلاق — باب طلاق السنة

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته
تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم
كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم
من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف
لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار
وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة
لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما
ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على
دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا
الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر انه
يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع
وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق
وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد
به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة
عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح
الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق
على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية
في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين
في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه
اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات
انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة
في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة
في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى
دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع
اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها
في حالة الحيض والطهر خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في
غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر
قال واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة
فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض
قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة
في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان
الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق
وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي
مسئلة الاجارات ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها وبين طلاقها بزمان وقال زفر
يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه
لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة و
وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر تكثر من وجه اخر لانه يرغب في وطي غير معلق فرارا

عن موتِ الولدِ فكان الزمانُ زمانَ الرغبةِ وصار كزمانِ الحبلِ ٭ وطلاقُ الحاملِ يجوز عقيبَ الجماعِ لانه لا يؤدي الى الاشتباهِ وجهِ العدةِ وزمانُ الحبلِ زمانُ الرغبةِ في الوطي لكونه غيرَ معلقٍ او يرغب فيها لمكانِ ولده منها فلا تقلُّ الرغبةُ بالجماعِ ٭ ويطلقها ثلاثا للسنةِ يفصل بين كلِّ تطليقتين بشهرٍ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنةِ الّا واحدةً لانّ الاصلَ في الطلاقِ الحظرُ وقد ورد الشرعُ بالتفريقِ على فصولِ العدةِ والشهرُ في حقِّ الحاملِ ليس من فصولها فصار كالممتدِّ طهرُها ولهما انّ الاباحةَ بعلّةِ الحاجةِ والشهرُ دليلها كما في حقِّ الآيسةِ والصغيرةِ وهذا لانه زمانُ تجدّدِ الرغبةِ على ما عليه الجبلةُ السليمةُ فيصلح علما ودليلا بخلافِ الممتدِّ طهرُها لانّ العلمَ في حقها الطهرُ وهو مرجوٌّ فيها في كلِّ زمانٍ ولا يرجى مع الحملِ ٭ واذا طلّق الرجلُ امرأتَه في حالةِ الحيضِ وقع الطلاقُ لانّ النهيَ عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيتُه ٭ ويستحبُّ له ان يراجعها لقولِ النبيِّ عليه السلام لعمر رضي الله عنه مُرْ ابنك فليراجعها وقد طلّقها في حالةِ الحيضِ وهذا يفيد الوقوعَ والحثَّ على الرجعةِ ثم الاستحبابُ قولُ بعضِ المشايخِ والاصحُّ انه واجبٌ عملا بحقيقةِ الامرِ ورفعا للمعصيةِ بالقدرِ الممكنِ برفعِ اثرِه وهو العدةُ ودفعا لضررِ تطويلِ العدةِ ٭ واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلّقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصلِ وذكر الطحاويُّ انه يطلقها في الطهرِ الذي يلي الحيضةَ قال ابو الحسن الكرخيُّ ما ذكره الطحاويُّ قولُ ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصلِ قولهما ووجهُ المذكورِ في الاصلِ انّ السنةَ ان يفصل بين كلِّ طلاقين بحيضةٍ والفاصلُ هاهنا بعضُ الحيضةِ فتكمل بالثانيةِ ولا تتجزّى فتتكامل ووجهُ القولِ الآخرِ انّ اثرَ الطلاقِ قد انعدم بالمراجعةِ فصار كانه لم يطلقها في الحيضِ فيسنُّ تطليقُها في الطهرِ الذي يليه ٭ ومن قال لامرأتِه وهي من ذواتِ الحيضِ وقد دخل بها انتِ طالقٌ ثلاثا للسنةِ ولا نيةَ له فهي طالقٌ عند كلِّ طهرٍ تطليقةً لانّ اللامَ فيه للوقتِ ووقتُ السنةِ طهرٌ لا جماعَ فيه ٭ وان نوى ان يقع الثلاثُ الساعةَ او عند راسِ كلِّ شهرٍ واحدةً فهو على ما نوى سواء كانت في حالةِ الحيضِ او في حالةِ الطهرِ وقال زفر رحمه الله لا تصحُّ نيةُ الجمعِ لانه بدعةٌ وهي ضدُّ السنةِ ولنا انه محتملُ لفظِه لانه سنيٌّ وقوعا من حيث انّ وقوعَه بالسنةِ لا ايقاعا فلم يتناوله مطلقُ كلامِه وينتظمه

عن موتِ الولدِ فكان الزمانُ زمانَ الرغبةِ وصار كزمانِ الحبلِ وطلاقُ الحاملِ يجوز عقيبَ الجماعِ لانه لا يؤدي الى الاشتباهِ وجهِ العدةِ وزمانُ الحبلِ زمانُ الرغبةِ في الوطي لكونه غيرَ معلقٍ او يرغب فيها لمكانِ ولده منها فلا تقلُّ الرغبةُ بالجماعِ ويطلقها ثلاثا للسنةِ يفصل بين كلِّ تطليقتين بشهرٍ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال عند نيته وان كانت آيسةً او من ذواتِ الاشهرِ وقعت الساعةَ واحدةٌ وبعد شهرٍ اخرى وبعد شهرٍ اخرى لانّ الشهرَ في حقها دليلُ الحاجةِ كالطهرِ في حقِّ ذواتِ الاقراءِ على ما بينا ٭ وان نوى ان يقع الثلاثُ الساعةَ وقعن عندنا لما قلنا بخلافِ ما اذا قال انتِ طالقٌ للسنةِ ولم ينصّ على الثلاثِ حيث لا تصحُّ نيةُ الجملةِ فيه لانّ نيةَ الثلاثِ انما صحّت فيه من حيث انّ اللامَ فيه للوقتِ فيفيد تعميمَ الوقتِ ومن ضرورته تعميمُ الواقعِ فيه فاذا نوى الجمعَ بطل تعميمُ الوقتِ فلا تصحُّ نيةُ الثلاثِ

فصل

ويقع طلاقُ كلِّ زوجٍ اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاقُ الصبيِّ والمجنونِ والنائمِ لقوله عليه السلام كلُّ طلاقٍ جائزٌ الّا طلاقَ الصبيِّ والمجنونِ ولانّ الاهليةَ بالعقلِ المميّزِ وهما عديما العقلِ والنائمُ عديمُ الاختيارِ ٭ وطلاقُ المكرَهِ واقعٌ خلافا للشافعيِّ رحمه الله هو يقول انّ الاكراهَ لا يجامع الاختيارَ وبه يعتبر التصرفُ الشرعيُّ بخلافِ الهازلِ لانه مختارٌ في التكلمِ بالطلاقِ ولنا انه قصد ايقاعَ الطلاقِ في منكوحته في حالِ اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائعِ وهذا لانه عرف الشرّين واختار اهونهما وهذا آيةُ القصدِ والاختيارِ الّا انه غيرُ راضٍ بحكمه وذلك غيرُ مخلٍّ به كالهازلِ ٭ وطلاقُ السكرانِ واقعٌ واختيارُ الكرخيِّ والطحاويِّ رحمهما الله انه لا يقع وهو احدُ قولي الشافعيِّ رحمه الله لانّ صحةَ القصدِ بالعقلِ وهو زائلُ العقلِ فصار كزوالِه بالبنجِ والدواءِ ولنا انه زال بسببٍ هو معصيةٌ فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصُدِع وزال عقلُه بالصداعِ نقول انه لا يقع طلاقُه ٭ وطلاقُ الاخرسِ واقعٌ بالاشارةِ لانها صارت معهودةً فاقيمت مقامَ العبارةِ دفعا للحاجةِ وسيأتيك وجوهُه في آخرِ الكتابِ ان شاء الله تعالى ٭ وطلاقُ الامةِ ثنتانِ حرا كان زوجها او عبدا وطلاقُ الحرةِ ثلثٌ حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعيُّ عددُ الطلاقِ معتبرٌ بحالِ الرجالِ لقوله عليه السلام الطلاقُ بالرجالِ والعدةُ بالنساءِ ولانّ صفةَ المالكيةِ كرامةٌ والآدميةُ مستدعيةٌ لها ومعنى الآدميةِ في الحرِّ اكملُ فكانت مالكيتُه ابلغَ واكثرَ

~

ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها والرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتتكامل عقدتين وتاويل ما رواه ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امراة وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا تكون طالقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمراة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث

لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المراة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك طالق او بدنك طالق او جسدك طالق او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على العكس ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء

الشيوع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق • واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن • وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالق تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا • ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة • ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلثا • ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة • ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرنا وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر او الاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع • ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر • ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها • وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف ولو كانت غير موطوءة يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين • وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي • ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني • ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب

والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلاث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه • ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي باينة لانه وصف الطلاق بالطول وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها • ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان • وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر • ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول • ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به اخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر • ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة • ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين • ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر • ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق

ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو
تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا
فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان
اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم
او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك
وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا
لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت
حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق
الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح
ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا
تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا
لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت
ولابي حنيفة انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك
خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق
بالشك والاحتمال بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر عن يدها وعلى اعتبار
انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى
الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم
اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف
فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان
قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة
حاله لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن
هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال

لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل
عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق
الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل
لا يمتد والطلاق والتزوج من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار
خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض
خاصة هو اللغة **فصل** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا
ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه
الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك
هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا
اليه كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها
هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا
سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل
وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة
او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب
الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسألتين ولو كان المذكور
ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين
النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل
الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا يرى
انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث
وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر
واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال
انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موت

ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولا بدّ منهما • واذا ملك الرجل امرأته او شقصاً منها او ملكت المرأة زوجها او شقصاً منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى النكاح • ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصاً منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له • واذا قال لها وهى امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقاً بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين فيبقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخر كما فى قوله تعالى ان مع العسر يسراً الآية فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط • وان قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء غد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى وانما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهى امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهى واحدة وان اشار بثنتين فهى ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع فى الاولى ثنتان ديانة وفى الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقى الاعتبار لقوله انت طالق • واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائناً مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعى رحمه الله يقع رجعياً اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقباً للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لى عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل • ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع • وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن • وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما قلنا • وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعى هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائناً وعن ابى يوسف رحمه الله فى قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائناً الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعياً لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك • وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف • وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعياً لان الجبل شئ واحد فكان تشبيهاً به فى توحيده • ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت

فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاولى فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما يصح نية الثلث لذكر المصدر واما الثاني فلانه قد يراد به التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فيصح نية الامرين عند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يعظم في نفسه وقد يعظم لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم للزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل مع ابي يوسف وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ● ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة ● فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم يقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ● ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ● ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا يقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ● ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ايضا ● ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ● ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الكل لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحد بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح ●

واما الضرب الثاني وهو الكنايات

لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ● قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي

اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد
نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثاني
فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها
واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله
والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت
هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها
مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة
ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة
عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية
الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة باينة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى
ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت باين وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك
والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت
حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وابتغي الازواج لانها تحتمل
الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق
في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله عنه سوى بين هذه
الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا
وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح
جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا
الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا
ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية باين بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري
لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي
اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة
الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم

كقوله

كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق
وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق
في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلث الاول مذهبنا
وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط
النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من
اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية
ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من
غير قصد وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة
دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث
فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا
خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال
نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يامرها
في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي
ثلث لانه لما نوى بالاولى صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة
فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر
يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة
لان الحال عند الاوليين لم يكن حالة مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية
انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

واذا قال لامراته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها
ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها لان المخيرة
لها المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات يقتضي جوابا
في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب

عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل
خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد ثمة الافتراق
من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها
في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة باينة والقياس ان لا يقع
شيء بهذا وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى
غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها
او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها باين لان اختيارها نفسها بثبوت
اختصاصها بها وذلك في الباين قال ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا
يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه او
كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو
في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام
ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت يقع واحدة باينة لان كلامه مفسر وكلامها خرج
جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء
في الاختيارة ينبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد
اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق
اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري
فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما
اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عايشة رضي الله عنها
فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة
حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها
اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قايمة ولا كذلك قولها اختار
نفسي لانه حكاية عن حالة قايمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري
اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله

ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ
الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من
حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع
في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق
الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة
فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى
ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا
يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك
بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها
الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح
جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت
نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي
واحدة باينة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة
الا انها تكون باينة لان التفويض في الباين ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة
المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل
العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه
من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها
بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله
الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر
وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل
التاقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك
بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد

لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام
وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة
انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد
الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت
زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف
ما تقدم ● وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار
لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل
فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته ● واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في
يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه
الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت
لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس
ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا
اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ●
ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا
مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما
يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر
يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ● قال وان كانت قائمة فجلست
فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة
فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا
كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره
انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان
اعراضا والاول هو الاصح ● ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله

● ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة
لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض ● وان كانت تسير
على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة
ووقوفها مضاف اليها ● والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها
الا يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي
فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا
لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال
الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها
● وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ● ولو نوى الثنتين لا تقع لانه
نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها ● وان قال لها طلقي نفسك
فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ
الطلاق الا يرى انه لو قال لها ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج
اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو
تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة
بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق
الا يرى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء
اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا
للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع بقولها ابنت شيء
لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق ● وان قال طلقي نفسك فليس له
ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ●
ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل
وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ● وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها

ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي
وقت شئت. واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع
لانه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها
عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا. ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها
في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح
بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئة فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا
انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئة والطلاق يحتمل التعليق بخلاف
البيع لانه لا يحتمله. وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها
ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة. ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت
نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة
فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا
لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد
فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك
وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها
فلغا. وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنا او امرها بالباين فطلقت رجعية
وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول
طلقت نفسي واحدة باينة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو
الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة باينة فتقول طلقت
نفسي واحدة رجعية فتقع باينة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين
صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت
على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج باينا. وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت
فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت
الثلاث فلم يوجد الشرط. ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت

ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها وقالا تقع
واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط. ولو
قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها
بالمشيئة المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر
من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق
ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع
اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه
لا ينبئ عن الوجود. وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ
بعد لما ذكرنا ان الماتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر. وان قالت قد شئت
ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز. ولو قال لها انت
طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا
يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال
في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت
الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها
تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة
اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت
لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل. ولو قال لها انت طالق كلما شئت
فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب
تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر
فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة
لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا. ولو قال لها انت
طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها
لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق

المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما. وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك ومعناه قبل المشية وان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقع ما لم توقع المراة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فتحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله اعلم

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف

والحديث

والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري رحمهما الله وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك او سببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق تحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة لانه متمسك بالاصل وعدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال

الملك والمراة تدعيه • فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل
ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع
الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها
امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها • وكذا لو قال ان كنت تحبين ان
يعذبك الله تعالى في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احب او قال ان كنت تحبيني فانت
طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بيناه ولا يتيقن
بكذبها لاحتمال شدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها
وان كانت كاذبة وفي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة • واذا قال اذا حضت فانت
طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت
ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء
• ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي
الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر • ولو قال انت طالق
اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به
بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه •
ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين
فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت
العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه
حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا تقع تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم
لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع
الثانية بالشك والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا •
وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها
فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر رحمه الله

لا يقع

لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك
فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك
او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني
اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة
التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل
الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك
اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة • وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين
وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر رحمه الله واصله
ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يهدم
فتعود اليه بما بقي وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى • ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا
ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع
شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال
وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين
تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى
اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله • واذا قال لامرأته اذا جامعتك فانت
طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر فان اخرجه ثم ادخله وجب
عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب المهر
في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع
ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق
الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء
لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد
لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامراته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء ● واذا قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة ● والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ● ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امراته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به ● وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها ● وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح

فلم تكن

فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها واذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا يرى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال وطلق امراته ثلثا لم ترثه وان كان بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امراة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاد الاصحاء وقد يثبت حكمه بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل ● واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس

الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق و
هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت
الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل
المراة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما
في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء
راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر
فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة
التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث
وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض
ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد
تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه سواء كان التعليق في الصحة والشرط
في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال
اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق
الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان
التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية
بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث
لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضا
مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال
انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر رحمهما الله لانه لم يوجد
من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج
الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو
مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقعه في المرض وقد مات
وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برؤ فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت

فتبين

فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات
من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج في الجماع ورثت ووجه
الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية و
بالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال
قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لا تثبت
الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امراته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال
محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل
لا بد لها منه اذ هي ملجاة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان الى
وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء في المرض ورثت لان الايلاء
في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خالي عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت
وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل
النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي
في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امراته
تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن
بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا يرى انه سمى امساكا وهو
الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك
او راجعت امراتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطاها او يقبلها او
يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول
مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطيها وعندنا هو استدامة على ما بيناه
وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل
يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد
يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج
يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب ان يشهد على الرجعة

شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا يصح وهو قول مالك رحمه الله
لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه
استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب
لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها
مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في
العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان
متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف
في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت
عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى
ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي
حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك
على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها
قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول
قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح
وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب
فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى
فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة
عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض
فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة
ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او
يمضي عليها وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض
فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد من ان يعتضد

الانقطاع

الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف
ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت
وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت
وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال
فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات
وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا
ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ من الصلوة ليتقرر
حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا
فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان
والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو
ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو
يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل لها
التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه
عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه
وهو قول محمد رحمه الله هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء
ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة
يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب
الولد منه جعل واطيا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه
بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان تثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة
الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة
فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك
بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى
يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها

وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي
لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده
لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطئ والمسلم لا يفعل الحرام
فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه من بطن اخر
وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق
عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر
بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون
مختلفة فالولد الاول رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني
صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطئ حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد
الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع
الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع
الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة
مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها
او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره
على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على
رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها
حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء
من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله
حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي
رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها
من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى
يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى

مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية
باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا
صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل
المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط
الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة
اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل
للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رحمه الله
وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة
فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط
بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بينا وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ
ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك
آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب
في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطئ المولى لا يحلها لان الغاية
نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل
له وهذا هو محمله فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح
لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول
لفساده وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع
فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها
وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج
الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

لا يهدم ما دون الثلاث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل ❁ واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كان المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

باب الايلاء

اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية ❁ فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث ❁ وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث ❁ وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة ❁ فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به ❁ وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة ❁ فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ❁ ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج ❁ فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا ❁ فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ❁ فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ❁ ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كالجمع بلفظ الجمع ❁ ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ❁ ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ❁ ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ❁ قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة ❁ وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع ❁ وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ❁ ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص ❁ فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ❁ وان قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ❁ ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة ❁ وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت المرأة مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رحمه الله

فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا

لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذا آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف • واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا • وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات • وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد • وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به • فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة • وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها • ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي • وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام

المال

المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة • قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا وجه الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم على ما نذكره ~~وبخلاف النكاح~~ البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكره وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه فيه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال • وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم • وان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال • وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بالعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه • ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه • فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح • واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث

بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم
على المعوض والطلاق باين لوجوب المال • وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة
فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة
الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة
على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله ومن قال لامراته انت طالق على ان
تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط
فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان
مبتدئا فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها
واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني
ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى • ولو قال انت طالق على الف
فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف فلا بد من القبول في الوجهين لان
معنى قوله بالف بعوض بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده • والطلاق باين لما بينا
ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل العبد
وطلقت المراة ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف
اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم
احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة
اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان دونه • ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة
ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمراة وان ردت الخيار في الثلث
بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين
والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان
لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع
في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما

في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد
في العتاق مثل جانبها في الطلاق • ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل
فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون
اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره
القبول رجوع منه • قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين
على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه
وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر
المشروط لا غيره ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه
مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض
النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع
النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه •
ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير
متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة
من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها
ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق
بساير الشروط • فان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط
بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب
• وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق
لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان
وكذا ان خالعها على مهرها توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب
عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط
ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول

على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحايض والصايم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام. فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاودها حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا عليه لنبه عليه. قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه. ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به. واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشايع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق. ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه. فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام. وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية. وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق. وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى. وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون

الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به. ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما. وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه. قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة. فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك. ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق. وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب. قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا. قال وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمه الله يخالفنا في الكافرة وهو يقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره. ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين والرجلين لان الفايت

جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع، اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز
العوراء والمقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت
بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو
عليه متعذر، ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة
الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع
اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه، ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش
بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة، ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح
لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع، والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع،
ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا، وكذا المكاتب
الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من
كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان
الانفساخ، فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رحمه الله لانه استحق الحرية
بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بيناه وبقوله عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه لانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا
انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم
له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق
الولد والكسب، وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى،
وان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لانه
تملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق
معسرا لانه وجبت عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان
نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة، فان اعتق نصف
عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب

الاعتاق

الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف
ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما الاعتاق
لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين، وان اعتق نصف عبده عن
كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده
وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف
اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس، واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين
ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه
وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي
عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل، فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او
نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع
التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم
البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا
عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف، وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استانف
لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة، وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له
فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير
مالكا بتمليكه، وان لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا للنص ويطعم كل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت
وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر
بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة، فان اعطى منا من بر ومنوين
من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد، وان امر غيره بان يطعم عنه من ظهاره ففعل
اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه، فان غداهم
وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة
الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام

ولو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي
الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي
كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط
الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن
يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني
كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد
بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد
بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص فان قرب التي ظاهر منها في خلال
الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس
قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم
المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن
واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن
افطار وظهار اجزأه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو
اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة
واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير يمنع النقصان
دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة
الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما
بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس
متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له
ان يجعل ذلك عن ايتهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله
لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين
لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار
نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية

التعيين

التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم
وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه
عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين

باب اللعان

قال واذا قذف الرجل امرأته بالزنا
وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف
فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن
والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء
الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص
على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن
لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا واذا
ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد من
ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب
بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره
بالوطي عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح
والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها
فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد
لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب
ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان
امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه
فتحبس فيه واذا كان الزوج كافرا او عبدا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان
لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الآية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة
في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان

لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها
فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر وتحت المملوك • ولو كانا محدودين
في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله • وصفة
اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن
الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين
فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد
بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من
الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه ياتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال ووجه ما ذكر في الكتاب
ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال • قال فاذا التعنا لا تقع الفرقة
حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رحمه الله تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا
ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها
هي طالق ثلثا قاله بعد اللعان • وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان
فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين • وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله
هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب
رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن
ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان • ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه •
وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به
من نفي الولد وكذا في جانب المراة • ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي
القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد امراة هلال بن امية عن
هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه

القضا

القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من
نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره • فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان
فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت
لانتفاء اهلية اللعان من جانبها • واذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما
لانه لا يحد قاذفهما لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج
صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة • وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق
بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ
بها • واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهو قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن
بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن
قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه
بالشرط • وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا
ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها
حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول
على انه عليه السلام عرف قيام الحبل بطريق الوحي • واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة
او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك
لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح
في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه
لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله
التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن
النفي • ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين • قال
واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت بدعوى الثاني • وان اعترف

بالاول ونفى الولد ثبت نسبهما لما ذكرنا ولا لعان لانه قاذف بنفي الولد ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولابد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما يقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة • ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة • وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها • ولو اختلف الزوج والمراة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة • وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل • والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو • واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف لا تخير • وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه • فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها • وفي التاجيل تعتبر السنة

القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا تحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه • واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق التمكن وهو حاصل • واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا يتحقق فيها • والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به • وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الآية • وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن • وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا • وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه يتجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق • وعدة الحرة في الوفاة

اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة
الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها
لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة
في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه
اذا كان الطلاق باينا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رحمه الله
ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال
النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح
باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل
على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح
ما اعتبر باقيا الى الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت الامة في
عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت
وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت وان
كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف
العدة بالحيض ومعناه اذا رأت على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه
لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية
في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين
البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة و
الموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات
مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة لانها تجب
بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح
ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها

ثلاثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي
لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت
المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء
حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه
وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة
الحمل فافترقا ولا تلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان
كالقائم عند الموت حكما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور
العلوق منه والنكاح يقام مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض
لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا تنقص عنها
واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة
من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة
الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف
عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ
الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا يرى انها تنقضي بدون علمها
ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من
الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة
عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا
رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة
في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من
آخر الوطئات لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد

يجري الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل
المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام
حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره قال واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها
امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا
ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليها مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق
قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجبت
بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو
اشتراها ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره
وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا
النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه
طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلو وجبت
الثانية لم تجب الا بعد الدخول والجواب عنه ما قلنا قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا
خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم
وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما
المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين
بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن و
لان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك
الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها
ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح

فصل

قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا

واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت
زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت
نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها
ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب
والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى
فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها
وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام
لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع
المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن
فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير
اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا
بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب قال ولا احداد على كافرة لانها غير
مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها
مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه
وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها
ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس
بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن
لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس
رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في
القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة
الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها
اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة

قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها
فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك
المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج
نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها • وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل
الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت
المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى
منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله
• وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال
بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل
عليها او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه • ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلاث لا بد
من سترة بينهما ثم لا باس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ
تخرج لانه عذر • ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها • وان جعلا بينهما
امراة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن • وان ضاق عليها المنزل فلتخرج والاولى خروجه •
قال واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها
اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء • فان كانت ثلثة
ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد
ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون
الاعتداد في منزل الزوج • قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا باس
بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة
فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم
المحرم فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها
الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله اعلم

باب ثبوت النسب

ومن

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها
فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح
فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت
بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر
فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتاكد المهر به • ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية
اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء العدة لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز
انها تكون ممتدة الطهر • فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء
العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل
العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك • وان جاءت به لاكثر من سنتين
كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي
مراجعا • والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون
الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا
وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون
منه لان وطيها حرام • قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة
• فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به
لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى
سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة
ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء
وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله • وان كانت مطلقة
طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا
في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان • وان كانت
الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها
• ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رحمه الله اذا

بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور
لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها
جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل لأنها ليست بمحل قبل
البلوغ وفيه شك. وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر
ثبت نسبه لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار. وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت
لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل
معتدة. وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشهد بولادتها
رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج
فيثبت بغير شهادة وقالا يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام
العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح
ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة
إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف
لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها
الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر
لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إن كانوا من أهل
الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لأن الثبوت
في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط. وإذا
تزوج الرجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن
العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه. وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت
نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت
بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش
القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه. فإن ولدت
ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها

لأن

لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على
الاختلاف. وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة
لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني
عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهن
ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها. وإن كان الزوج قد أقر بالحبل
طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من حجة
لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه
وهو الولادة ولأنه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة. قال وأكثر مدة الحمل سنتان
لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل. وأقله
ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة
أشهر والشافعي رحمه الله يقدر الأكثر بأربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر أنها قالته سماعا
إذ العقل لا يهتدي إليه. ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة
أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق
على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة
وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى
سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله
لأنها لا تحل بالشراء. ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة
امرأة فهي أم ولده لأن الحاجة إلى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع
ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو
ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن
النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله
إقرارا بالنكاح ووجه الاستحسان أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام

والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت
ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء
وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به
ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق
رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته
والصحابة رضوان الله عليهم حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام
عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد
من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز
ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله
عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم
الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من
قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات
معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء
سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر
قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم
محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت
الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به
اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة
غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده

ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه
انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب
والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب
والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء
والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى
وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة و
من سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني
لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف
الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا
اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق
حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم
ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار
للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور
عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار
الانظر بدعائه او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها
من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها
فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير
الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب
الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع ان لها ذلك لان العقد متى
وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك
الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح فالحاصل
انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت

كان اوعت حبلا انفق علها ما بينها وبين الستين منذ يوم طلقها فاذا مضت سنتان ولم تلد انقطعت النفقة خلاصه

اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا باس به وكذا الجواب فى القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك والله اعلم

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها فى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل فى ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام فى حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضى والعامل فى الصدقات وهذه الدلايل لا فصل فيها فيستوى فيها المسلمة والكافرة ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا قال رضى الله عنه وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخى يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امراة ابى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا فى نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فايت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين فى بيت الزوج لان الاحتباس قايم والزوج يقدر على الوطى كرها واذا كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون

وسيلة

وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعى رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما فى المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطى وهى كبيرة فلها النفقة فى ماله لان التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة فى دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابى يوسف رحمه الله ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابى يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هى المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قايم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قايم فانه يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابى يوسف رحمه الله انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب ما يشير اليه ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر فى بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى الاثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى الكفاية وقوله فى الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله وهو الاصح خلافا لما قال محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهى قد تكتفى بخدمة نفسها قال ومن اعسر

بنفقة

بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز
عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان
الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا
لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفي في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم
على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا
قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف
بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها
واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها
النفقة او صالحت الزوج على مقدار منها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض
عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو
القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض
وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة
لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي
تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه
وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف
الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض
بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات
بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها
بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها لانه
يسير فصار في حكم الحال قال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه
اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق

فيتعلق

فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين
الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة قال واذا تزوج
الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا
لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها
بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح
ولو خدمته الجارية احيانا من غير استخدام لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون
استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة

فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار
مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة
وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها
تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا
ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له ان يسكنه
معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله
ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول
ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له
في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث
وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل
جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل
يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه
وكذا اذا علم القاضي بذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ
لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق
نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المراة فيه لان المودع ليس بخصم عن الغائب
في اثبات الزوجية عليه ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى
الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان الاقرار

المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهاهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل

واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان الطلاق او بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطء واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح

وهو الولد

وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم اجمعين ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق بعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر قال وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب

لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجر الرضاع كالنفقة ولانها عست لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان توجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها

عذرت لاحتمال عجزها فاذا قدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز
اخذ الاجر عليه وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة وكذا فى المبتوتة فى رواية
وفى رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق فى بعض الاحكام
ولو استاجرها وهى منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها
وان انقضت عدتها فاستاجرها يعنى لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت
كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت
بغير اجر كانت هى احق لانها اشفق فكان نظر الصبى فى الدفع اليها وان التمست زيادة لم
يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة فى قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود
له بولده اى بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه فى دينه
كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته فى دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه
جزؤه فيكون فى معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس
الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفى
جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة
الانسان فى مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه و
اجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه فى دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما
فى الدنيا معروفا نزلت الاية فى الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش فى نعم الله
ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم
الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين
وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته فى ماله اولى من ايجابها فى مال غيره ولا
تمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة
والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة
لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية
ثابتة وجزء المرء فى معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم

اذا كانوا

اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر فى حق
من يقاتلنا فى الدين ولا تجب على النصرانى نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم
نفقة اخيه النصرانى لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه
متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين
اكد ودوام ملك اليمين اعلى فى القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى اصل
العلة وفى الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد فى نفقة ابويه احد
لان لهما تاويلا فى مال الولد بالنص ولا تاويل لهما فى مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما
فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية
وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذى رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا
او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة فى القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك وفى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ثم
لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر
على الكسب غنى بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر
عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه
لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء
حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على
الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضى الله عنه هذا
الذى ذكره رواية الخصاف والحسن وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت
للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير
لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير
على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر

الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم يكون
نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية
الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره
فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد
اذ المقاصد لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي
عن ابي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان
المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن
النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي عليه فيه بنفقة ابويه
وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان
وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها
بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في
النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا يرى ان للوصي ذلك
فللاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها
وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ
بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع
العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه نفقته لانه جنس حقه وان
كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما
واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما
بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف
ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان
فظهر انه كان متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة
فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت
المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول

الاستغناء

الاستغناء فيما مضى قال الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية
عامة فصار اذنه كامر الغائب فتصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله اعلم

فصل

وعلى المولى ان ينفق على امته وعلى عبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم
جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا
عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى
المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية
لا تؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حق
المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة
المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق
فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب
الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال
عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا
ان يعتق الرجل العبد والمراة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح
من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ
لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس
باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق
اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال
الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان
يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن
آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك
فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا
فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية

للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل
صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق
يعتق لانه نداء بما هو صريح فيه وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته
فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضي بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد
ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه
به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء
باسم علم فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك
او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق
وان اضافه الى جزء شايع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله وان العتق
الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه
كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو
لا يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما
مرادا الا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي
عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية
السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك
لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك وينوي العتق لم يعتق لان السلطان عبارة
عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله
لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل
العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله
فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه
لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق
لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت منه للتعذر ويعتق

اعمالا

اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله ولو
قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر
وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم
خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر مملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني
والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى
الاسفل فالتحق بالصريح وكذا لو قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت
به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته
الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح
يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق
في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل
به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او
يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته
كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر
على ما بينا واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون
تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله
شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لم يعتق لان الامر كما
اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير
اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله
اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح
بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته
اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق اسم السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة

تجوزًا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز
على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز
فتعين للالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث
لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع
خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب
على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له
اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد
لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل
لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة
في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا
في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف
وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم
فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق او باين او تخمري
ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف
ساير الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخنا رحمهم الله له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين
موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك
العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو
الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا
ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله
لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق
بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح
مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين

فوق

فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو
فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق
لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت
الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك
راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس حر يعتق لانه اثبات
الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق
عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم
منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي رحمه الله تعالى
في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضات المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما
يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب
عن المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية
فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم
قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار
الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس
له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه
من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب
على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه وهي اخته من
الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق
القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله
او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ
الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع
لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك
او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب

الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط محض فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما
عُرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين
خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداءً
وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه
لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد
بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال
صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام
لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع
وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل
قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض
له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار
الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور
لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية
كما تبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة
وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو
قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق
اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما
لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق
اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة
وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف
يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزي كما في البيع

والهبة

والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة
المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه
يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله
ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى
الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال و
يفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد
متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه
بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه
عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه
وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او
استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء
استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة
تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع
السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا
ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست
مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره
حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا كذا ههنا
الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب
الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة و
ايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على
العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم
التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى

عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي ويستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رحمه الله وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته

بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الاخر والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان ويتاتى التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الاخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرى القريب اعتاق فصار

كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضى بافساد نصيبه فلا يضمنه كما
اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء
لان شرى القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما
حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر
الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر
ولا يعلم الآمر بملكه وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر
فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضى بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن
في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع
السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن
ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد
ذكرناه واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا
الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا
ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة
ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عنده
خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده
اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يعتق نصيبه او يدبر
او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعى العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا
بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق
تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق
هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل
الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك
وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه مدبر عند ذلك فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر

ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف
وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان
ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق
والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن
التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه ولا
يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية
والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد
لصاحبه وانكر الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء
المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لم يصدقه صاحبه
انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشترى على البائع انه اعتق المبيع قبل
البيع يجحد كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق
بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها
للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك
الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية
الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد
وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة وعلى هذا الاصل
تبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع بها وطيا واجارة
واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا يرى ان
ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها
قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت
منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز
وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف

المدبر وهذا لأن السبب فيهما متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي أم ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم والله أعلم

باب عتق أحد العبدين

ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعا آخر لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل وهو الذي سماه في الكتاب آخر فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما أصاب المستحق بالأول لغا وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان إنه دائر بينهما وقضيته التنصيف وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة

ويس

ويسعى في أربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتي عتق الآخر لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف رحمه الله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد لأن كل واحد منهما

تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة لم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على صحة الدعوى فلم يظهر في حق الجارية وان كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق في مسألة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فيشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوارث او الوصي ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه اذا قال كل مملوك يدخل فيه الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر

يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وهذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت
فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق ما سيملكه ولهذا صار مدبرا دون
الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة الراهنة
والحالة المنتظرة الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد
فلان من يولد له بعد والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق
يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء
يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك
استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه
فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء
والحالة محض الاستقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم
ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم
او بالف وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة
ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة
به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال
ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال
فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم
الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا
وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء
من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في
الانتهاء على ما نبين ان شاء الله وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده
التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد
ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر

على القبول

على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف
على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود
الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ
ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال
العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ حتى كان باينا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر
عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود
قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى
على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض
يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو
ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يرجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو اكتسبها بعده لم يرجع
عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير
وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر
بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار
كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث
يكون القبول اليه في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب
وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح
قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه
قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع
سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد
وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات
العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها
ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد

وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول
الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على
الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جايز ولا شيء على الآمر
لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن
المامور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف
على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جايز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه
من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها
ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن
الشرا اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا
فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو
زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في
الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

واذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او
قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر
ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز
لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في ساير التعليقات وكما في المدبر
المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع
ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت
ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد
حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف
ساير التعليقات لان المانع من السببية قايم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع
هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط
لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال

السبب

السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت
امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا
مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى
وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه
وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق
فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عليهم وان علق
التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري او من مرض كذا فليس
بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق
لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كاين لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق
كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك
الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا
بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاين لا محالة

باب الاستيلاد

واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت
ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت
بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة
الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن المميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا
ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما موجلا الى
ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت
في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج بموتها وثبوت
عتق موجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب
عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب
فيعتبر باصله قال وله وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قايم
فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت

نسبه منه وان لم يدعه لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء
اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد
من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا
منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف
منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة
الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث
لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه
حكم فاما الديانة فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان
الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله
ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما
في كفاية المنتهي وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير
الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان
كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت
نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات
المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام امر بعتق
امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية
فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج
ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب
عند ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية
وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على
المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت
واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين

في جعلها

في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها
على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى
في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن
متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء
يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته
لا ترد قنة ولكنها تجبر على السعاية لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن
استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي لا تصير ام ولد له ولو استولدها
بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها
علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية
الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا
ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل
منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى
الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه
من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطي جارية ابنه
فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها
وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب قال فان وطي ابو الاب
مع بقاء الاب لم يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت
من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه
قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه
لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه
لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد
لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل
للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها

لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصف صاحبه بخلاف
الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار
واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق
شيء منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما
وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا
ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلعم بقول القائف
في اسامة بن زيد رضي الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس
عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه
والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على
التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين
ابا للآخر او كان مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب
وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون
في نسب اسامة رضي الله عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت
الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له
تبعا لولدها وعلى كل منهما نصف العقر تقاصا بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما
ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما
في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه
المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي
ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى
لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك
لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور
حيث اعتمد دليلا وهو كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير

الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا
انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين
منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم
فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة
والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم
الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة
عبادة حتى تتادى بالصوم وتشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة
ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدا وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق
والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة
لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على
امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها
صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله
تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال
والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في ذلك وسنبين في
الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم
بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة
ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة
الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من
صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى
اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا او مانعا

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم
يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا
وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثره وهو المطر والجنة
والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبى والكعبة
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه
غير متعارف قال رحمه الله ومعناه ان يقول والنبى والقران اما لو قال انا برئ
منه يكون يمينا لان التبرى منهما كفر قال والحلف بحرف القسم وحروف القسم الواو
كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود فى الايمان ومذكور
فى القران وقد تضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة
العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فيكون الكسرة دالة
على المحذوفة وكذا اذا قال لله فى المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى امنتم به
امنتم له قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين
عن ابى يوسف وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله وهو حقيته
فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله اذ
الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله تعالى قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال
حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال
اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان
هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة
فجعل حالفا فى الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال
اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا
قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية
سوكند ميخورم بخدا يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا
ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله

وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله
وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد
يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال على نذر
او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت
كذا فهو يهودى او نصرانى او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد
اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول فى تحريم
الحلال ولو قال ذلك لشئ قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر
لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودى او نصرانى والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان
يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث اقدم على الفعل
ولو قال ان فعلت كذا فعلى غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا
يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق
او شارب خمر او اكل ربا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن فى معنى حرمة الاسم
ولانه ليس بمتعارف

فصل فى الكفارة

قال كفارة اليمين عتق
رقبة يجزى فيها ما يجزى فى الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه
ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام فى كفارة الظهار والاصل
فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد
الاشياء الثلثة قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات
وقال الشافعى رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فصيام
ثلثة ايام متتابعات وهو كالخبر المشهور ثم المذكور فى الكتاب فى بيان ادنى الكسوة
مروى عن محمد وعن ابى حنيفة وابى يوسف ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل
وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا فى العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام
باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعى رحمه الله يجزيه بالمال لانه
اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية

ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا بد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه ولان فيما قلنا تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت يتناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا يصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا

وهذا

وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليها وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل

الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب
لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها
لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم
الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل
ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب
هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ
في النقلة من ساعته وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد
للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام
بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال لبست يوما وركبت يوما بخلاف الدخول
لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل
كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث
لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي يكون عامة نهاره في السوق ويقول
اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على
نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا
بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل
كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال
ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته
لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل
آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات
ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور
مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل

لم ينتقل

لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر
لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى
لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج
الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال
من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول
قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل
هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف ليأتين البصرة فلم ياتها حتى مات
حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع
فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض
ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى استطاعة
القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل
ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف
اليه ويصح نية الاول ديانة لانه حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح
لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم
مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون
بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء
لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة
ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى
آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت
لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه
وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك
الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان
تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب

فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم
لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتديا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد
ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابى حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين
مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن
عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال
عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال
ابو يوسف رحمه الله فى الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث
وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين فى الاكل والشرب

قال ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على
ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا
عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ
وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا
الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى
اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه
بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبى او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران
المسلم بمنع الكلام منهى عنه فلم يعتبر الداعى فى الشرع ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل
بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر فى هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه
اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس
ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا
حنث عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث فى الرطب يعنى بالبسر المذنب ولا فى البسر بالرطب
المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كان
اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على
عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف

الجملة فيتبع القليل الكثير فيه ولو حلف لا يشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث
لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل
يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشترى شعيرا او لا
ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير او اكلها يحنث فى الاكل دون الشراء لما قلنا
ولو حلف لا ياكل لحما فاكل السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما فى القران
وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه
فى الماء وان اكل لحم خنزير او انسان يحنث لانه لحم حقيقى الا انه حرام واليمين قد
تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل
استعمال اللحم وقيل فى عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشترى
شحما لم يحنث الا فى شحم البطن خاصة عند ابى حنيفة وقالا يحنث فى شحم الظهر ايضا
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى
انه ينشا من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله فى اليمين على
اكل اللحم ولا يحنث ببيعه فى اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه
بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشترى او لا ياكل الية او اكلها لم يحنث
لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل هذه الحنطة
لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لا يحنث وهذا عند ابى حنيفة وقالا ان اكل من خبزها
حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابى حنيفة ان لها حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى
وتوكل قضما وهى قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل كما اذا حلف لا يضع قدمه
فى دار فلان واليه الاشارة بقوله فى الخبز حنث ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق
فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه وان استفه كما هو لا يحنث
هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر
اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد فى غالب البلدان ولو اكل من خبز
القطايف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا اذا اكل خبزا

الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او فى بلدة طعامهم ذلك
يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوى
عند الاطلاق الا ان ينوى ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا ياكل
الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر
فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا
وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا ياكل الرؤوس
فيمينه على ما يكبس فى التنانير ويباع فى المصر ويقال يكبس وفى الجامع الصغير ولو حلف
لا ياكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابى حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا
اختلاف عصر وزمان كان العرف فى زمنه فيهما وفى زمنهما فى الغنم خاصة وفى زماننا يفتى على
حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا
او قثاء او خيارا لم يحنث واذا اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابى حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حنث فى العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة
اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اى يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد
ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود فى التفاح واخواتها
فيحنث بها وغير موجود فى القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما اما العنب
والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق
التنعم بغيرها وابو حنيفة يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا
فى معنى التفكه للاستعمال فى حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات
ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند
ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابى يوسف
لان الادام من المؤادمة وهى الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما
ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية فى الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفى ان لا يؤكل على
الانفراد حكما وتمام الموافقة فى الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها

بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه
لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام بالاجماع هو الصحيح
واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى
نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتى العشاء فى الحديث
والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء
والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة فى حقهم ويشترط ان يكون اكثر
من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدى حر وقال عنيت شيئا دون
لم يدين فى القضاء وغيره لان النية انما تصح فى الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا
والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت
شرابا لم يدين فى القضاء خاصة لانه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه
خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث
حتى يكرع منها كرعا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف
المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته فى الكرع وهى مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا
فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب
منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقى منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر
يأخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس
فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يحنث فى ذلك كله يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا
كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابى
لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده
موجبا للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد فى
حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه
الاول لا يحنث عندهما وعند ابى يوسف يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى يحنث فى قولهم

جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة فلا يجب
الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال
وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد
عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب في الجزء الاخير
من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر وتبطل اليمين كما اذا عقده
ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث
عقيبها وقال زفر رحمه الله لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا
ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا يرى ان الملائكة يصعدون وكذا
تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم
العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة
الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم
لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط
شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو
بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث
لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق
الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن
كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا
فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي
الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم
يذكر الشهر لم تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف
لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح

والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا انه
في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قاريا
ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن
بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد
وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يدين
في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة
في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت
فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى
ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم او الاذن
لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء
اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام
ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس
بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او
امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم
لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة
ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة
عند محمد رحمه الله يحنث كالمرأة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان
المرأة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه
ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه
فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان
هذا او امرأة بعينها او صديق بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله

ولو حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان الدهر يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى وابو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده

وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال ان ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الاخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الاخر لانه فرد لاحق فاتصف بالاخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف

فاما اتصافه بالحرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا • وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث
به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه • ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو
حر فبشره ثلثة متفرقون عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه
سارا في العرف وهذا انما يتحقق من الاول • وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل
ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط
قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه • وان اشترى اباه ينوي عن كفارة
يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة هي
القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب
اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس
الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه • ولو اشترى ام ولده
لم تجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن
كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة
بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت
حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل
الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية • ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى
جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية
منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا
لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك وصار كما اذا قال لاجنبية
ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما
يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها
وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا • ومن قال كل مملوك لي حر يعتق عبيده ومدبروه
وامهات اولاده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه

الا ان ينويهم

الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة
بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية • ومن قال لنسوة
له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات
احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف
للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه كذا اذا قال
لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد
وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث
في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان
ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه
يمنع نفسه عما يعتاده • ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث
لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد
ترجع الى الآمر لا اليه • ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة
وستشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى • ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته
فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك
توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع
الى المامور • ولو قال عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم
من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق
عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص
في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره والنسبة
الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة
وقضاء • ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة

ضرب الولد عايدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الايتمار بامره عايدة اليه فيضاف الفعل اليه • ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجرى فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه فى الوجهين • ولو قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء • وكذلك لو قال المشترى ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا • ومن قال ان لم ابع هذا العبد او الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع • واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق ثلثا طلقت هذه التى حلفته فى القضاء وعن ابى يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدءا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو فى الكعبة او فى غيرها على المشى الى بيت الله او قال الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفى القياس لا يلزمه شىء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الاصل ومذهبنا ماثور عن على رضى الله عنه ولان الناس

تعارفوا

تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه فى المناسك • ولو قال على الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شىء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف • ولو قال على المشى الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شىء عليه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فى قوله على المشى الى الحرم عمرة او حجة • ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما ينفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا • ومن قال عبدى حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفى لان المقصود منها نفى الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفى مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفى ونفى تيسيرا • ومن حلف لا يصوم فنوى وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب • ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح فى تقدير المدة به • ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر فى الجزء الثانى • ولو حلف لا يصلى صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهى عن البتيراء

باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته

ونسجه فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن
ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما
يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المراة ليسا من اسباب ملكه
وله ان غزل المراة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه
ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف
لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال
والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله
للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي
حقيقة حتى سمي به في القران وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن
حلف لا ينام على فراش فنام على فراش وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما
عليه وان جعل فوقه فراش اخر فنام عليه لم يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له
فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث
لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له
فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث
لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف
ما اذا جعل فوقه سريرا اخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل
مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه
الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه
الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية
ينصرف الى اللبس قال وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام

والموت

والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال
ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه
التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها
حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه
يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت
وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد
ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه
ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في هذه المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو
اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند
بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد
فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا
يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس
الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه
لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به
وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من
صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى
يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين
معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنتين لم يتشاغل
بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة
عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامراته

طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان

الاستثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل

ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدًا لانه

نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي • وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر

في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله

وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل • واذا استحلف الوالي رجلا

ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره

بزجره فلا يفيد فايدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية

• ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رحمه الله

فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال

وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع معاوضة فاقتضى

الفعل من الجانبين • ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه

اسم لما لا ساق له ولهما ساق ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه

اعتبارا للعرف ولهذا سمي بايعه بايع البنفسج والشرى يبتنى عليه وقيل في عرفنا

يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف

مقرر له وفي البنفسج قاضي عليه • والله اعلم بالصواب • واليه المرجع والمآب

كتاب الحدود قال

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا

لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدًّا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد

الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه

في الكافر • قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة

دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة

والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر • قال فالبينة ان تشهد اربعة

من الشهود

من الشهود على رجل او امراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى

ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امراته ايت باربعة يشهدون على

صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة

ضده • واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا وبمن زنا ومتى زنا

لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك

اولى لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنا في دار الحرب او المتقادم من الزمان او

كانت له شبهة لا يعرفها ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

• فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسال القاضي عنهم فعدلوا

في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤوا

الحدود ما استطعتم بخلاف ساير الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه

في الشهادات ان شاء الله تعالى • قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية

وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل

ظهور العدالة وسياتيك الفرق ان شاء الله تعالى • قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على

نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ

والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا

وعند الشافعي رحمه الله يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بساير الحقوق وهذا لانه مظهر

الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز

رضي الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس

فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار

اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر • ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد

المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر

فيعتبر اتحاد مجلسه دون اختلاف مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب

حيث لا يراه ثم يجي فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة

حتى توارى بحيطان المدينة. قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنا وبمن زنا فاذا بيّن ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء
بيّناه فى الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد
يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنا فى صباه. فان رجع المقر
عن اقراره قبل اقامة الحد او فى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله عن اقراره قبل اقامة الحد
وقال الشافعى رحمه الله وهو قول ابن ابى ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه
وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل
للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة فى الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو
القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع. ويستحب للامام
ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رضى الله عنه
لعلك مسستها او قبلتها. قال فى الاصل وينبغى ان يقول له الامام لعلك تزوجتها
او وطئتها بشبهة وهذا اقرب من الاول فى المعنى

فصل فى كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا
رضى الله عنه وقد احصن وقال فى الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع
الصحابة رضى الله عنهم. قال يخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام
ثم الناس كذا روى عن على رضى الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة
فيرجع فكان فى بدايته احتيال للدرء. وقال الشافعى رحمه الله لا يشترط بدايته اعتبارا
بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك
الرجم لانه اتلاف. فان امتنع الشهود من الابتداء سقط لانه دلالة الرجوع وكذا اذا
ماتوا او غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط. وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس
كذا روى عن على رضى الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل
الحمصة وكانت اعترفت بالزنا. ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز
اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا

وصلى النبى

وصلى النبى عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت. فان لم يكن محصنا وكان حرا فحده
مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ فى
حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به. قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا
متوسطا لان عليا رضى الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح
وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار.
وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان بالتجريد فى الحدود
ولان التجريد ابلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع
الازار كشف العورة فيتوقاه. ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع فى عضو واحد
قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف. قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه
السلام للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس
وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك
معنى فلا يشرع حدا. وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب
سوطا لقول ابى بكر رضى الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال
ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد فى حربى كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق.
ويضرب فى الحدود قياما والنساء قعودا لان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ
فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد
السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة
على المستحق. وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
نزلت فى الاماء ولان الرق منقص للنعمة منقص للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم
افحش فيكون ادعى الى التغليظ. والرجل والمراة فى ذلك سواء لان النص يشملهما. غير ان
المراة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان فى تجريدها كشف العورة والفرو و
الحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان. وتضرب المراة
جالسة لما روينا ولانه استر لها. وان حفر لها فى الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية

الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام
لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر لها ويحفر الى الصدر لما روينا
ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير
في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام
وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف
فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها
الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط
باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير
لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان
يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الا
حصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط
لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من
جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان
الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح
والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة
ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي
رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما ان النبي عليه السلام رجم
يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك
بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة
الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية
لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة
بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنون وقل ما يرغب في الصبية
لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع اختلاف في الدين وابو يوسف

يخالفهما

يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية
ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه
السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو
في العقوبة اقصاها وزجره لا يتحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي
يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة
المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه
كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد
البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه
كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة
وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك
تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي
عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنا المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع
بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع
عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد
وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج
منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد
وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته
لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي ان النبي عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت
ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف
الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم بالصواب

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المراة
في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك

والشبهة يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات • ثم الشبهة نوعان شبهة
في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق
من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه • والثانية
تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده • والحد يسقط
بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان
ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر
عليه ولم يتمحض في الثانية • فشبهة الفعل في ثمانية مواضع • جارية ابيه • وامه • وزوجته •
والمطلقة ثلثا وهي في العدة • وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة • وام ولد اعتقها المولى
وهي في العدة • وجارية المولى في حق العبد • والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية
كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام
وجب الحد • في المحل في ستة مواضع • جارية ابنه • والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات • والجارية
المبيعة في حق البايع قبل التسليم • والممهورة في حق الزوج قبل القبض • والمشتركة بينه وبين
غيره • والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان
قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا
نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امراته ثلثا ثم وطئها
في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية
وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف
لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قايم
في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة
والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الاثار في العدة
• ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال
علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه
انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في ساير الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف

مع ذلك

مع ذلك • ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان
الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة
قايمة في حق الجد • قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه • واذا وطئ
جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان
قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا
في الانتفاع فظنه في الاستمتاع الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه • وكذا اذا قالت
الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد • وان وطئ جارية
اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا ساير
المحارم سوى الولاد لما بيناه • ومن زفت اليه غير امراته وقالت النساء انها زوجتك
فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو
الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة فصار
كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة • ومن وجد
امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا
الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها • وكذا اذا كان اعمى
لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها
لان الاخبار دليل • ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي ح
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمهم الله عليه الحد
اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل
التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف
محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود
وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة
لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر
فيعزر • ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر • ومن اتى

امراة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حـ رحه ويعزر وزاد في الجامع
الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان
بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما
انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم
الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه
ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد
الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل
الا انه يعزر عنده لما بيناه ● ومن وطي بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه
جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط
الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق
فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ● ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم
خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان
مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية
الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة
فلا تنقلب موجبة ● ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على
من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة
● واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي
حـ رحمه الله ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى
الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم
وهذا قوله الآخر لابي يوسف ره ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب
لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل

دارنا

دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما يلتزم
من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم
الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فحق الشرع ولمحمد وهو
الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا
يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة
من الصبي والمجنون ولابي حـ رحمة الله عليه فيه ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب
للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنا
المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد ● واذا زنا الصبي او المجنون بامراة
طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية
عن ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع
لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان
كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو
واطيا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول
باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين
من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه
الصفة فلا يناط به الحد ● ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابو حـ رح اولا يقول
عليه الحد وهو قول زفر لان الانتشار لا آلة الا الطواعية ثم رجع وقال لا يحد لان الانتشار
قد يكون طبعا لا طوعا كما في النايم فاورث شبهة ● وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حـ رح
وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق
من غيره وله انه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان

لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح • ومن اقر اربع مرات في مجالس
مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها
فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين
فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع • ومن زنا بجارية فقتلها فانه
يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا اشتراها
بعد ما زنا بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه
كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان
يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا
فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنا بها فاذهب عينيها حيث يجب عليه
قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك ثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة •
وقال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ
به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه
لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين
والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم ساير الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم
الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر
او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل
بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين
ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين بين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار
الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها
وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي

نفسه

نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار
فيكون التقادم فيه مانعا • وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح
رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم
على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد
لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا
لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من
المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير آثما فاسقا ثم التقادم كما يمنع
قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله حتى لو
هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء
في باب الحدود • واختلفوا في حد التقادم فاشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه
قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك وفوضه الى
راي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية
عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة
شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة • والتقادم
في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما ياتي في بابه ان شاء الله
تعالى • واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وهي غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا
وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنا بامراة لا يعرفونها
لم يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته
وامراته • وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ
الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمه الله وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما
على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا

فعلٌ واحدٌ عندهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين
في ذلك • وان شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة واخران انه زنى بها بالبصرة دُرئ الحد
عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما
نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة
والمراة • وان اختلفوا في بيت واحد حُدَّ الرجل والمراة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا
في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب
او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر
فيشهد بحسب ما عنده • وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة
انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند دُرئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب
احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق • وان شهد اربعة
على امراة بالزنا وهي بكر دُرئ الحد عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى
المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد
وليس بحجة في ايجابه ولهذا اسقط الحد عنها ولا يجب عليهم • وان شهد اربعة على
رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم
يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل
اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت
بالاداء • وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل
الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادتهم
ينفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت
شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وياتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على اصله
ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده • وان نقص عدد الشهود عن اربعة
حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف لاعتبارها

وان شهد

• وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا
في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش
الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا
على بيت المال قال رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب
وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم
مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف
الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم
والقصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك
ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب
عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة • وان شهد اربعة
على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها
فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا
على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه
الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل
وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا للايجاب • واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق
وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات
ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد
بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة
انما تنقلب قذفا بالرجوع لان عنده تنفسخ شهادته فيجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة
فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير

محصنين في حق غيره لقيام القضاء في حقه وان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا
جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت
بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء
من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه
ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لا
يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به
فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليه لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع وان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية
اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر
بقاء من بقي لا رجوع من رجع وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود
مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما
انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه
وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة
فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا
بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول
وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم
شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية
وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء
صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر
حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم
وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس

القتل

القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله
اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه ما
لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح
النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر
الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط
لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت
بمثله وان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر و
الشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول
انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة
فلا تقبل شهادة النساء فيه وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنا عبده المسلم انه اعتقه
قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة
عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة
بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم
او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم
والله اعلم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ
وريحها موجودة او جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر
وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام
من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد وكذا اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان
عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من
غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا
وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر

فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند
تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال واما الاقرار
فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا
عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي
الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران
فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان
هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد
لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر
ومقدار الحد المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها
لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه
سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا
شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار
وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في
حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه
لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده
اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد
لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك
ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة
الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا
يعقل الرجل من المرأة قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي
ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله وله انه يؤخذ
في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه

تعريف السكران

التمييز

التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في
الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته و
حركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه
لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف
لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران
لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله اعلم

باب حد القذف

اذا قذف الرجل
رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين
سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم
ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط
اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث
دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق الضرب على اعضائه لما مر في
الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا
غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف
عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا
مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون
لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة
لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست
لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب
انما ينفى عن الزاني لا عن غيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد
ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به
المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني جده

ومن قال لغيره

لم يحد لانه صادق فى كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال
يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها
ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان
العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعى يثبت حق
المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية
المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت
لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر
وان كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول
القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا
له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان فى الذى
ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر
لا ينافى اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال
لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة
ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده
وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره
له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال
الشافعى لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقى عندنا خلافا له بناء على انه
يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع
العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا
ومنه سمى حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل
ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعى مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق
العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق
يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد فى استيفاء حقوق الشرع

الا نيابة

الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ
الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا
ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لا يجرى وعن ابى يوسف
فى العفو مثل قول الشافعى ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام
والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا
فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربى
يا نبطى لم يحد لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست
بعربى لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه
فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء يلقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه
او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله ابائك
واسماعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثانى لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية
ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من
العرب وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفا
مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين
الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زانى او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا
اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا
وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه ومن قال لآخر يا زانى فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه
لا بل انت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فيه
ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه
يوجب اللعان وقذفها الحد وفى البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود فى القذف
ليس باهل اللعان ولا ابطال فى عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان فى معنى الحد وان قالت
زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك فى كل واحد

منها لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وان
منه ويحتمل انها ارادت زناى ما كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت احدا غيرك وهو المراد
فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها
فجاء ما قلنا • ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا
فيلاعن • وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير
اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف واذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد
ولده فى الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد
• وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف
امراة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حى او قذفها بعد موت الولد
فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها
وهى شرط • ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا • قال ومن وطى
وطئا حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق
والاصل فيه ان من وطى وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطى المحرم لعينه
وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطى فى غير الملك من كل وجه او من وجه حرام
لعينه وكذا الوطى فى الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وابو
حنيفة رحمه الله يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة باجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد
بيانه اذا قذف رجلا وطى جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا
اذا قذف امراة زنت فى نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد
• ولو قذف رجلا اتى امته وهى مجوسية او امراته وهى حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان
الحرمة مع قيام الملك وهى مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابى يوسف رحمه الله
ان وطى المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رحمه الله لان الملك زائل فى حق الوطى
ولهذا يلزمه العقر بالوطى ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هى مؤقتة •
ولو قذف رجلا وطى امة وهى اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو

الصحيح • ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف
الصحابة رضى الله عنهم • ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم عند ابى حنيفة رحمه الله يحد وقالا
لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده
خلافا لهما وقد مر فى النكاح • واذا دخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه
حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى ان لا يؤذى فيكون ملتزما
ان لا يؤذى وموجب اذاه • واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب وقال
الشافعى رحمه الله تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات • واذا حد الكافر فى قذف
لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت
شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت
الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة
له اصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده • وان ضرب سوطا
فى قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون
صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابى يوسف
انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح • قال ومن قذف او زنا او
شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى
الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود فى الثانى
وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود
من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما
وقال الشافعى رحمه الله ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان
المغلب حق العبد عنده

فصل فى التعزير

ومن قذف عبدا او امة
او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان
فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق يا كافر او يا خبيث او يا
لانه آذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس فى الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ

بالتعزير غاية في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي الى الامام
ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا
يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه
يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن ● واكثر التعزير تسعة
وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف رحمه الله يبلغ التعزير خمسة وسبعين
سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر
تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه
اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد في الاحرار
اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه
الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث
جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشائخنا رحمهم الله ان ادناه على ما يراه الامام
يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على
قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من الزنا
والقذف بغير الزنا من حد القذف ● قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير
الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم
اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير ● قال
واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف
كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء ● قال ثم
حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب يثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه
اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ● ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ● ثم حد القذف
لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ
من حيث الوصف ● ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل
المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه

مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في
بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع
عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره
صار كان الله تعالى اماته من واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب السرقة السرقة في اللغة اخذ الشي

من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع
وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي
مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من
المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي
لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه ● قال اذا سرق
العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب
القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ
لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات
تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة
دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله التقدير بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلاثة دراهم لهما
ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره
ثلثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنا عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب
اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تايد ذلك
بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا
فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال
الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ● والمعتبر وزن
سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة

الا ان غير الدرهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى ❁ قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف
متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ❁ ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين
مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة
قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة
تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد
لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط
الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ❁ قال ويجب بشهادة شاهدين
لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهم الامام عن كيفية السرقة وماهيتها
وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود
للتهمة ❁ قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان
اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب
في حقه

باب ما يقطع وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد
والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد
لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا
في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما
يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون
النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا يرى ان الخشب تلقى على الابواب وانما يدخل في الدار
للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه
وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري و
في الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف

انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرنا
❁ قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في
ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع
اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال
الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين قطع قلنا
اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع ❁
قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ❁ ولا يقطع في الاشربة
المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها
اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية ❁ قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة
المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه
وعن ابي يوسف رحمه الله مثله وعن ابي يوسف ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا
لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة
والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق
والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو
على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز
بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه ❁ قال
ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا
عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة
الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في
بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ❁ ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه
حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته
او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع
بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف

في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب
او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق السرقة بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه
والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم
استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض
ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود
ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود
هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير
مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف
ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول
الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها
عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر
والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها
في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصار كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اوان
وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا يرى انها تحرز بخلاف الحصير
لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا
يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب واذا يجب اذا
كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن
ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه
السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام ومن نبش قطعناه ولانه
مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة
اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم
حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة

الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل
فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا
ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال للسارق
فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه
والحال والمؤجل فيه سواء لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه
لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء
منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذ عند بعض العلماء قضاء
من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال
الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم
فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد
ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع
وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه
من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا
باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط
عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة
العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع
فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر
لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا
قذف المحدود في القذف المقذوف الاول فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون
غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدل ولهذا يملكه الغاصب به
وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع
فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد

للمبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والتماس لمعنى الكل ولهذا اباح الشرع النظر
الى مواضع الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديق لانه عادا بالسرقة وفي الكافي عن
الشافعي رحمه الله لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق• ولو سرق من
بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع
اعتبارا للحرز وعدمه• وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام
هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت
بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك لاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع
قل ما يشتهر فلا مبسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب• واذا سرق احد الزوجين
من الاخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول
عادة• وان سرق احد الزوجين من حرز الاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا
للشافعي رح لمبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة• ولو سرق
المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه
نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا• قال والحرز على نوعين
حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان
الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور
والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد
وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان
من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح
لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق
منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده قبله
بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ
فتتم السرقة• ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده

هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة• وعلى هذا لا يضمن المودع
والمستعير مثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى• ومن سرق شيئا
من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين
ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او
حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق
منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار• ومن سرق من المسجد متاعا
وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا
بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز
فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ• ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه
لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله
خيانة لا سرقة• ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز
واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ
•وان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة
باعتبار سكانها حرز على حدة• وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها
قطع لما بينا• واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله اخر خارج البيت
فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل
خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف
رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج
يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا ان
الله تعالى• وان القاه في الطريق وخرج فاخذه قطع وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان
الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا
ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار
او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع

لأسارق • قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه
واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه وهذا استحسان
والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة به ولنا
ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان
يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع ولو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد • ومن
نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابى يوسف رحمه الله في الاملاء انه يقطع لانه
اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في الصندوق
واخرج الغطر يفي • ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال
في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال
اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد • وان طر
صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج
فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر
يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم • ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين
ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابى يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه
قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق • وان
سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا
لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى
لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع • وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق
في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع •
وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في
موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان
المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب
منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا اكثر ما قلناه

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين لقراءة عبد الله
ابن مسعود ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن
به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام
فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف • فان سرق
ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا
استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة يقطع يده
اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة
مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه
اني لاستحي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا
حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة
والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى
ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله او نحمله على السياسة • وان كان السارق
اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة
بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذلك ان كانت ابهامه اليسرى
مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام • فان
كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب
خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام في نقصان
البطش • واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطاء
ايضا وهو القياس والمراد هو الخطاء في الاجتهاد واما الخطاء في معرفة اليمين واليسار
لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطاء في حق العباد

غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطاء
في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل له لانه تعمد الظلم
فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان تجب القصاص الا انه امتنع للشبهة
ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره
ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو
اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد
عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد
لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة
شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية
على مال الغير لا تظهر الا بخصومة وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء
في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السراق منهم ولرب الوديعة
ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب
والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض
على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة
من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق
له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده
وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه
تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة
شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد
فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء
فلا يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع
بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة وان قطع
سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال

غير متقوم

غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول
ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل
ان يقطع الاول او بعدما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم
ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع
الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر
ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد
انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا
واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذا اذا باعها
المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت
انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا تتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء
من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع
حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار
كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل
الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع وهو قول الشافعي وزفر اعتبارا بالنقصان في العين
ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان
في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر غير مضمون
فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه
بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق
فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما
قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا
لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما
على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول
ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله

الا ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة
ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة
دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو
قول زفر رح ومعناه إذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو
كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها لان
الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه
وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يؤاخذ بالضمان
والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا
ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه
مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد
رحمه الله في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع
على العبد في سرقة مال المولى يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون
القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع
بخلاف الماذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف
انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه
فيه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول
هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه ولان الاقرار
يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره
ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما
لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال
المانع قال وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها

على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك
وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك
صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما
قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت
الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل
لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير
محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الا
ستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب
دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر
سقوط العصمة في الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة
قال ومن سرق سرقات فقطع في احديها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا و
قطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس
بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين
فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا
لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي فاذا استوفى
فالمستوفى كل الواجب الا يرى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا
الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله اعلم بالصواب

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب

القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للتملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البايع مبيعا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع فيه ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قايما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قايم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قايم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة ورابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللايق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلونا وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ

انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم

في الودع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى
الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر غيره قلنا
حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان
عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم
اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض
حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق
قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع
المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ
الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد
وهو ما ذكرنا فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت
الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط
عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان
عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص
ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس
والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده
او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع
عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر
رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة
الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار
بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل
فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار
كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين
المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرنا فالامتناع في حق

البعض

البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع
في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز
واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا فان شاؤا
قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان
الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين
الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطعا للطريق وهو
قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان
بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع
لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة
ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال
ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر
فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله
وهي مسئلة القتل بالمثقل وستاتي في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق
في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور
وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين
وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه
ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد
فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به
احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد
من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض
الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وفي الجامع الصغير قال الجهاد واجب

الآن المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج قال ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن فلا باس بان يقوى بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله صلى الله عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القران والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم

بالدعوة

بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقران في ارض العدو ولو دخل مسلم

اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يفون بالعهد لان الظاهر
عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ
والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال
لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة
والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن
زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان
لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول
السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة
بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى
لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع
اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان
المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان و
الذراري وحين رأى النبي صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل
فلم قتلت قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة ملكة
لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة
ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون
يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة
لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان
يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب
عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله
غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه
الا بقتله لا بأس بقتله لان مقصوده الدفع الا ترى لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه
دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله اعلم بالصواب

باب

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين
فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم
اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة
جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر
الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك
الجهاد صورة ومعنى فان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم
لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت
كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ
الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف
مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد ولا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة
منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة
وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم
ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى
وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت
الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز
لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا
رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي
بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام
مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية
منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا

الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن ● ولا ينبغى ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبى عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

واذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح ● قال الا ان يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة فى النبذ وقد بيناه ● ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ● ولا يجوز امان ذمى لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين ● قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح ● ومن اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ● ولا يجوز امان العبد عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان ياذن له مولاه فى القتال وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعى وابو يوسف رحمه الله معه فى رواية ومع ابى حنيفة فى رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعرى رضى الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له فى القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع

لتحقق

لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول ● ولابى حنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون له فى القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لانه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضى به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك وفيه اسقاط الفرض فيفترقان ● ولو امن الصبى وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له فى القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضى الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفى كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى وهذا فى العقار ● اما فى المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى رحمه الله لان فى المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه ● وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة ● قال وهو فى الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم

مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان
شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء
الله تعالى ● ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين ● فان اسلموا لا يقتلهم
لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم
قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ● ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفادى
بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر
والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير
من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة
بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا ● واما المفاداة بمال نأخذه منهم لا يجوز في المشهور من
المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى
بدر ● ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد
الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه ● قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى
خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا
قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا ● واذا اراد الامام العود ومعه
مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي
يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكله ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح
ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب
البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة ● ويحرق الاسلحة
ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ● ولا يقسم
غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك واصله ان
الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا
الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى هو يقول ان سبب الملك

الاستيلاء

الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد
تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع
معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على
الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام
لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد
فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل
ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز
فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة ● قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب
وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا ● واذا
لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي
بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز
او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد
● ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم
لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد
المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او تأويله
ان يشهدها على قصد القتال ● وان لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين
قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في
المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم
حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة
لانه مال المسلمين ● ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير
لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم
في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ● ولا يجوز بيع الغنائم قبل

القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينّا الاصل • ومن مات من
الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة • ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام
فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال
الشافعي رحمه الله من مات بعد الاستقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد
بيّنّا • ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله
عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه الاولى
انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه
السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو
كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها
والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم
دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه
والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت • قال
ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة
الى جميع ذلك • ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه
بان لم يكن له سلاح وقد بيّنّاه • ولا يجوز ان يبيعوا شيئا من ذلك ولا يتمولونه لان البيع يترتب
على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه
اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك • فان باعه
احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة • واما الثياب والمتاع يكره الانتفاع
بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا
الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد
محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في
الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين
بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج • قال ومن

اسلم

اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق • واو
لاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا • وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال
فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه • او وديعة في يد مسلم او ذمي
لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده • فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه
في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب
فلم يكن في يده حقيقة • وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وفي قول محمد وهو قول
ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما
وعند محمد تثبت • وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا
للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا
لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك • واولاده الكبار فيء لانهم كفار
حربيون ولا تبعية • ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار
تبعا لاهل دارهم • وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان
يده ليست بمحترمة • وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد
لا يكون فيئا • قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير
قول ابي يوسف مع محمد لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها
ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى
انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض
شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك
وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة • واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا
من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد
تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام • ومن فضل معه علف او طعام
رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا
بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق

به قبل الاحراز فكذا بعده • وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم تقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها • ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رحمه الله ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه • ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فا

فالبرذون

فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة فاستويا • ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا او راجلا • ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته • ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن

حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام حقيقة القتال بخلاف العبد لانه قادر
على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة
للمسلمين الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به
السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد
واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل
فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس
يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا
ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال
عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها
بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم
للنصرة الا يرى انه علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه
دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح
الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يصطفيه
لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول الى
الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام
بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي
رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى
المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى
الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف
الثلثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا
لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل
الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام

فقد التزم

فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس
وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم
اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال
ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم
الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض
المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي
للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف
اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير
تاكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل
فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا
كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر
انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت
بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به
النص وقال عليه السلام لحبيب بن سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك
وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر
في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على
مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا
ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس سلبه ثم حكم التنفيل قطع حق
الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام
من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ان يطاها ويبيعها لان التنفيل
يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان

بالائتلاف تقييد على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق
في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله تعالى فإن غلبنا على الترك حل لنا
ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها
وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد
سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة ثبتت على
منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع وإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير
أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا
ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك
العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن
وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل
القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم
زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضررا
بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة
قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك
وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء
ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا يرى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما
قلنا ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له
ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه
بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا إذا كان
مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام
ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو أما الأخذ

بالثمن

بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد
ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لأن
الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا
والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا وإن أسروا عبدا
فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف
درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه وللمشتري الأول
أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذ المالك القديم بالثمنين إن شاء لأنه
قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا
بحال حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا
ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه
وكذا من سواه لأنه ثبتت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء
على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه
لم يملكوه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه
من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره
ليتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار
معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار
ظهورا بيده وإذا لم يثبت الملك لهم عنده رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا
كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن
إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل
لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء
لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرناه وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام
فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون
ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن

وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بيّنا الحكم في كل فرد ◦ واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معيّن وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى في يده عبدا ولابى حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضى ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب ◦ واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى والله اعلم

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا وان غدر بهم اعنى التاجر واخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيّنا ◦ واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيّنا ◦ وكذلك لو كانا حربيين فعلا

ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ◦ ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بيّنا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد ◦ واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بيّنا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد ◦ واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطاء اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطاء لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها ◦ وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا في الاسيرين الدية في الخطاء والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيّنا وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابى حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا وخص الخطاء بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا والله اعلم

فصل

قال واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكّن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكّن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكّن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه ◦ واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام

سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا • وللامام ان يوقت ما دون
السنة كالشهر والشهرين واذا اقام بها بعد مقال الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك
ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل
ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين • فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض
خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه
صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشرا لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا
لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج
فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح
بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه • واذا دخلت حربية بامان فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج • واذا دخل حربي بامان وتزوج ذمية
لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام • ولو ان حربيا
دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم
فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان
اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده
تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه
بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق من يد العامة فيختص به فيسقط •
وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر
مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده
قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين
كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك
وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر
ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير
قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس

لمعنى

لمعنى واستحقه الغانمون لمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب
الخمس • واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار
ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار
فذلك كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع
وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا واما اولاده الصغار فلان الصغير انما
يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق
ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة
• وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم
لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا
فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا
واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة • واذا
اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه
الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه
اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة
اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع
به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما تعلق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى
كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا
اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل
فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من
شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في
الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط
اعتبار منعة الكفرة لانه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما

لتعصبها الانتقال اليها. ومن قتل مسلماً خطأً لا ولي له او قتل حربياً دخل الينا بامان
فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفساً معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس
المعصومة. ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له. وان كان عمداً فان شاء
الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو
العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ
الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عيناً وهذا لان الدية انفع في هذه
المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة
وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة
الى حد الشام. والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية
ويقال من العلث الى عبادان. لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج
من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان
وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم
الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة
ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على
الشام. قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام
اذا فتح ارضاً عنوةً وقهراً له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج
فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل. قال وكل ارض اسلم اهلها او
فتحت عنوةً وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس
الخارج. وكل ارض فتحت عنوةً فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم
لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع

الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء
الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها
بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج. قال ومن احيى ارضاً مواتاً فهي عند ابي يوسف
معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت
من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان
حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به
وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانه
من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم
وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات
والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها
بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار
الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً فيعتبر في ذلك الماء
لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه. والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد
من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة
دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي
الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفاً
فمسح فبلغ ستاً وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعاً منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها
مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب
في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها. قال وما سوى ذلك من الاصناف
كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه
وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبر فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب
نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين

والبستان كل ارض يحوطها حايط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شي كان • قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام فالنقصان عند قلة الريع جايز بالاجماع الا يرى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا تجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة • وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج • قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرا الظلمة على اخذ اموال الناس • ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى مؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم • ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويوخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشرا واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير كراهية • ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بالاجماع حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما • ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف

العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله اعلم

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام بني نجران على الف ومايتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه • وجزية يبتدي الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا • وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس • قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه • وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم في لجواز استرقاقهم • ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عليه السلام نشا بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف

زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا ❊ واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ❊ ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ❊ ولا جزية على امراة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان لعدم الاهلية ❊ قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي ❊ قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ❊ ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ❊ ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رحمه الله وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ❊ ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه ادميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى ❊ واذا اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت

السنة

السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها يستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤها ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب اخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في اوله

فصل

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها ❊ وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا يعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي

عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفى ارض العرب يمنعون من
ذلك فى امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب قال ويؤخذ
اهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل
ولا يحملون السلاح وفى الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب
على السروج التى كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة
المسلمين ولان المسلم يكرم والذمى يهان فلا يبتداء بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم يكن
علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا
غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء فى حق اهل الاسلام
ويجب ان تتميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات
كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة
واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا فى مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا السروج بالصفة
التى تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من
اداء الجزية او قتل مسلما او سب النبى عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية
التى ينتهى بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعى سب النبى
عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا
ان سب النبى عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارى لا يرفعه قال ولا
ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا
علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمى العهد فهو
بمنزلة المرتد معناه فى الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا فى حكم ما حمله من ماله
الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد والله اعلم

فصل

ونصارى بنى تغلب يؤخذ
من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك
بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح
على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعفة وقال زفر
رحمه الله لا يؤخذ من نسوانهم ايضا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه جزية فى الحقيقة على ما
قال عمر رضى الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية
على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح
المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيه شرايطها
ويوضع على مولى التغلبى الخراج اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى وقال
زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمى يلحق به
فى حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية
على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق
المولى بالهاشمى فى حقه ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى من اهلها
وانما الغنا مانع ولم يوجد فى حق المولى اما الهاشمى ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وما جباه الامام من الخراج ومن اموال
بنى تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور
وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع
منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير
قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرارى على الاباء فلو لم يعطوا
كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء
لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت
واهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله اعلم بالصواب

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم
عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه
عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما
قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل
وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل

فيمهل ثلاثة ايام لانها ضربت لابلاء الاعذار وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه يستحب
ان يؤجله ثلثه ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعى رحمه الله ان على الامام ان يؤجله
ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة
يمكنه التامل فقدرناه بالثلاث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه
لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية
توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه
كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شئ على
القاتل ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد
بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعى تقتل لما روينا ولان ردة الرجل
مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة فيناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة
تشاركها فيه فتشاركها فى موجبها ولنا ان النبى عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان
الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه
دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف
الرجل فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس ايفائه بالحبس كما فى حقوق العباد
وفى الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها
اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين وتضرب فى كل ايام مبالغة فى
الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت
على حالها قالوا هذا عند ابى حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل
يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربى مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا
قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه
ويرجى عوده اليه فتوقفنا فى امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن فى حق هذا الحكم
وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب

وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه وان مات او قتل على ردته
انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئا وهذا
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا كلاهما لورثته وقال الشافعى كلاهما فيئ لانه مات كافرا والمسلم
لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه فى الكسبين بعد الردة
باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث
المسلم من المسلم ولابى حنيفة انه يمكن الاستناد فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
فى كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة
وبقى وارثا الى وقت موته فى رواية عن ابى حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان
وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه
انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل
انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل
وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب
منها فلم يوجد سبب الفئ بخلاف المرتد عند ابى حنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت
وهى مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه
بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق
مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التى عليه ونقل ما اكتسبه فى حالة الاسلام الى ورثته
من المسلمين وقال الشافعى رحمه الله يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة فى دار
الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات فى حق احكام الاسلام لانقطاع
ولاية الالزام كما هى منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضى
لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهى ما ذكرنا
كما فى الموت الحقيقى ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه فى قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو السبب
والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء
والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا وتقضى الديون التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى

في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه
هذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضي
من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول
كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب
المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه
الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب
الردة ليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر
قضاؤه من محل اخر فحينئذ يقضي منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة
المسلمين ولو كان عليه دين يقضي منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة
وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ
يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقضي ديونه من الكسبين
لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او تصرف
فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق
بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز ما صنع
في الوجهين ● اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق
لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه تعتمد
الملة ولا ملة له ● وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة
بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ● ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية
والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما
قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امراة مسلمة يرثه ولو مات
ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف رحمه الله تصح كما تصح من
الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند
محمد رحمه الله تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه

قلنا

قلنا تركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي
مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي
يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر تتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه
القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل
العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المراة لانها ليست حربية ولهذا
لا تقتل ● وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من
ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه
فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه
لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ● ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك
فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا ● واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام
فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه
ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب
اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع
له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت
مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ● واذا لحق المرتد
بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان لحق ثم رجع واخذ مالا والحق بدار
الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال
لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث
مالكا قديما ● واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء
المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى
بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من
جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه ● واذا قتل
المرتد رجلا خطاء ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال

الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيهما الكسبين في الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفه في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده مال المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده • واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى • قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله عليه في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين • واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا يرى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى • واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول

ارتداد الصبي

على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين • والثانية صدقة الفطر • والثالثة جر الولاء • والاخرى الوصية للقرابة • قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام ولا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهما في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل • ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل اصلا والله اعلم

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به • ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه فان بدءوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع

وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم
واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم
حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله
من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق من الواجب عند الغناء
والقدرة • فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم
وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه
ان المعتبر دليله لا حقيقته • ولا يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم
الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير
تاويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم
مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال • ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون
اليه وقال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به
الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة
لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى
فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى • ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها
حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم و
لهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر
واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها • قال وما جباه اهل البغي
من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له
باعتبار الحماية ولم يحمهم • فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من اخذ منه
لوصول الحق الى مستحقه فان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان
يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم
مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء

وقد بيناه

وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته • ومن
قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل
حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر
رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل
ذلك وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص • واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه
يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم
اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي في
الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن
ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم
وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا
او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة
ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح
اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا تثبت
فيها من الالزام والالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود
المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم
لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع
الارث ولابي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع
والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة
سبب للارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على
الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان • قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم
لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة
بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل
به الا بصنعة الا يرى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله اعلم

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله
لما انه يلتقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب
قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان
الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز
عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه
لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق
عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه
رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدعي
انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه
يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى
عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على
القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة
في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما
علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه
في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر
من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
وهذا استحسان لان دعوته تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار
وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة
او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان
الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط
اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة
عن محمد لقوة اليد الا يرى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير

احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط
عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت
نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة
بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر
في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان
مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع
وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية
الانفاق وشراء ما لا بد له كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط
لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال اللقيط
اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض
ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة
لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤجره قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره
وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه
ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكر في الكراهية
ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا
اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون
فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا
واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما
حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره
بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك
وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله
لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو

اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ او مما ذكر من الظا
يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول
من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال
فان كانت اقل من عشرة دراهم عرّفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرّفها حولا
قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدّره
محمد رحمه الله في الاصل بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله
لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد
في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق
القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا
التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي
المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط
يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت
اللقطة شيئا لا يبقى عرّفه حتى اذا خاف ان تفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها
في الموضع الذي اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت
اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى
جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول
لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب
بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب
على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء
صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان
التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك
يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته
بعد اجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة

من جهة

من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة
وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه
وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي
رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما
ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع
عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها
لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة
فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك
وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا
له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر
فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه
من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان
يستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة
وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب
ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا وانما يامر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر
ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارّة النفقة مستأصلة
فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه في الاصل شرط اقامة البينة
وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يامر فيه بالانفاق وانما يامر في الوديعة
فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي
له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع
ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما
يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية
وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه

حيي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن • قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا • واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء • وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده • واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا • ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة • وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رحمه الله يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع

فيبق

فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه • وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى الفقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق • ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال • قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر • قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة • وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه •

ولو ردّه بعد مماته لا جُعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ● ولو كان الرادّ ابَ المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جُعل لانّ هؤلاء لا يتبرعون بالردّ عادةً ولا يتناولهم اطلاق الكتاب ● قال وان ابق من الذى ردّه فلا شئ عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضى الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شئ له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البايع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفى الجُعل بمنزلة البايع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شئ عليه لما قلنا ● ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والردّ وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز ● قال وينبغى اذا اخذه ان يُشهد انه يأخذه ليردّه فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو ردّه من لم يُشهد وقت الاخذ لا جُعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتّهبه او ورثه فردّه على مولاه لا جعل له لانه ردّه لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليردّه فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن ● وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالردّ وهى حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه ● والردّ في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه ● فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقى على الراهن لان حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء ● وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بُدِئ بالجعل والباقى للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقرّ له ● وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم ● وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الردّ لان المنفعة للواهب ما حصلت بالردّ بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الردّ ● وان كان لصبىّ فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان ردّه وصيّه فلا جُعل له لانه هو الذى يتولى الردّ فيه والله اعلم بالصواب

كتاب

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يُعرف له موضع ولا يُعلم احىٌّ هو او ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه لان القاضى نُصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبى والمجنون وفى نصب الحافظ لماله والقايم عليه نظرٌ له وقوله ويستوفى حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذى اقرّ به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم فى دين وجب بعقده لانه اصيل فى حقوقه ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار او عروض فى يد رجل لانه ليس بمالك ولا نايب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاءً على الغايب وانه لا يجوز الا اذا راه القاضى وقضى به لانه مجتهد فيه ● ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لانه تعذّر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ● ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد فى نفقة ولا فى غيرها لانه لا ولاية له على الغايب الا فى حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن ● قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة ● وكل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فى غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغايب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور ● ومن الثانى الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر عنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت فى يد القاضى ● فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودَع والمديون مُقرّين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار ● وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر

هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا
يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان
القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية
والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا
لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق
بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته
وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته
الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة
اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين
من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان
وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج
بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت
في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر
بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة
لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قل ما تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة
وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين
والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة
الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت
معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا
كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت
باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن
مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان
الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن
لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد
الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على
ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل
نصيبه فان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية
المنتهى باتم من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال الشركة
ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها
فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا بامره وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي
وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء
او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التميز رأسا او الا بحرج ويجوز
بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود
وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت
وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة
الصنايع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان
في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل منهما امر الشركة
الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة
لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء
وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه
الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين

لا ينبغي الا ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جايزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة ووجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرايطها عن علم العوام حتى لو بيّنا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال وتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي فان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جايزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجايز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى براس المال خمورا او خنازير يصح ولو اشترى مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرايط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال وتنعقد على الكفالة والوكالة فالوكالة لتحقق المقصود وهو الشركة في مال على ما بيّنا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف

من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بيّنا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالاخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الاخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا تصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رحمه الله انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة ولا يشترط المساواة فيه

فصل

ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال

معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن فتقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرى وبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشرى احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف واما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة يتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء اخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد رحمه الله يصح شركة العقد وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف

لانه يتعين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعلمنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقدا الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار الربح بمنزلة النماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما

يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة
حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون
البعض لان المساواة فى المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا تصح الا بما بينا
ان المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير
ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعى رحمهما الله
لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك
فى مختلفى الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال وما اشتراه كل واحد منهما
للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل
هو الاصل فى الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال
نفسه لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا نقد من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف
ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول
قول المنكر مع يمينه قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا
بطلت الشركة لان المعقود عليه فى عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما فى
الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة
والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض
على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضى
بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه فى ماله واذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته
فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده
فظاهر وكذا اذا كان فى يد الآخر لانه امانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث
يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما
بماله وهلك مال الآخر قبل الشرى فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك
حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشرى فلا يتغير الحكم
بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا

للحسن

للحسن بن زياد رحمه الله حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت
فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته
من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا
اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى
الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على
ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا
بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه
وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة
لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما فى ضمنها
بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال
وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد
الشركة فى الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط
تعيين راس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد
الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا يجوز شركة التقبل
والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال لان
العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم
والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح براس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف
اصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة بالتصرف بدون الخلط تحققت فى المستفاد
وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح ويصح شركة
التقبل قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب
انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره فى المزارعة قال ولكل
واحد من المفاوضين وشريكى العنان ان يبضع المال لانه معتاد فى عقد الشركة ولان

ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد
التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة
وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان
في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل
من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشرا من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة
بخلاف التوكيل بالشرا حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل
العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك
لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنايع وتسمى شركة
التقبل كالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب
بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها
وهو التثمير لانه لا بد من راس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال
على اصلها على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما
كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط
فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة
وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس
لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه
وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس
وقد اختلف لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر
بقدر ما قوم به فلا يتحقق ربح بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في
الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد منهما
من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرا
الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك

لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه
الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا
يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء
البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا
بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من
له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال
واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جايزة عندنا خلافا للشافعي
والوجه من الجانبين ما ذكرناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما
يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فيتعين الاول
فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان
شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا
بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ
الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق ما وراءهما الا يرى ان من قال
لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في
شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح
الزايد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها
بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب
والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا
الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ
المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نايبا عنه
وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان
لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل

وان حمل احدهما واعانه الآخر فى عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند ابى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه قال ولو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء والكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذى استقى الماء وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما الفساد فالشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل والراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر فى المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضى بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمى واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدى زكوته فادى كل واحد منهما فالثانى ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان فى وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما فى وسعه فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لا ولابى حنيفة رحمه الله انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة

الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداء الآمر وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمى واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفى مسئلتنا الاداء واجب واعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشترى جارية فيطأها ففعل فهى له بغير شىء عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطى لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبايع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت دارى على كذا وقال ابو يوسف رحمه الله يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رحمه الله لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو فى الشرع عند ابى حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ فى الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف

عنه الى الله تعا على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ
ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق
بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث ولان الحاجة ماسة
الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك
وجعله لله تعا اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا حبس عن فرائض الله وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل
انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا يرى ان له ولاية التصرف
فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه تصدق بمنافعه فصار شبيه
العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه
ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف
الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعا ولهذا لا يجوز الانتفاع
به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعا قال رضي الله عنه قال في الكتاب
لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه
قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق
بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى واما
المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رحمه الله هو بمنزلة
الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزم الا انه يعتبر
من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول
عند ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد
رحمه الله لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعا انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد
لان التمليك من الله تعا وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ
حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض
النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف

عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه
لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج من ملك
الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز
عند ابي يوسف رحمه الله لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل
القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح ايضا لانه يعتبره بالهبة
والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة
ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله ولان المهاياة فيهما في غاية
القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت
بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل
في الباقي عند محمد رح لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض
او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق
لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع
ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة
تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك
بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه
مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رح ان المقصود
هو التقرب الى الله تعا وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع
ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان
عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا
انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة

بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد
فلا بد من التنصيص. قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله
عليهم اجمعين وقفوه. ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على
الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها
وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد
يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه
فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف تبعا اولى وقال محمد يجوز
حبس الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان
والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام
واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى
ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا
السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر
والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف
لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد
يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء
وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد
يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل
فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه
يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف
فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض
من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد
والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما. قال
واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رحمه الله فيطلب

الشريك

الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا
ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف
وبعد الموت الى وصيه. وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي
او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان
الواحد لا يجوز ان يكون مقاسِما ومقاسَما ولو كان في القسمة فضل دراهم
ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون
بقدر الدراهم شراء. قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط
ذلك الواقف او لم يشرط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة
الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة
العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر
بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها. ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره
للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين
يمكن مطالبته. وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه
وان خرب يبني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف
عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى
شيء آخر الا برضاه. ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند
الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء
الوقف ولا ضرورة في الزيادة. قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة
على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها
ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى

لانه لو لم يعمرها يفوت السكنى اصلاً والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة
لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة ولا يكون
امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه فى حيز التردد ولا تصح اجرة من له السكنى
لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف والته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف
ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة
ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه فى الحال صرفها
فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان
تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف
المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعنى النقض بين مستحق الوقف لانه جزء من العين ولا
حق للموقوف عليهم فيه انما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير
حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند
ابى يوسف قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه
اما الاول فهو جايز عند ابى يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى
وهو قول اهل البصرة وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض
والافراز وقيل هى مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حيوته
وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حال حيوته وبعد موته للفقراء
سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا
احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو
على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن فى حيوته كاشتراطه لنفسه وجه
قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراطه
الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما فى الصدقة
المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابى يوسف رحمه الله ما روى ان النبى عليه
السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منه

الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه
القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً
لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جايز كما اذا بنى خانا او سقاية
او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب عنه او يدفن فيه ولان مقصوده
القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة
ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جايز عند
ابى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الوقف جايز والشرط باطل ولو شرط
الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابى يوسف
وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية
فقد نص فيه على قول ابى يوسف رحمه الله وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر
المذهب وذكر هلال فى وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية
لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وقال مشايخنا رحمهم الله
الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط
لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولى انما
يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره
يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى
بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن
اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط
ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضى ان ينتزعها
من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط
ان ليس لسلطان ولا القاضى ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط
مخالف لحكم الشرع فيبطل

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه
عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى

فيه واحدٌ زال عند ابى حنيفة رحمه الله عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك فى المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه فى رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لان فعل كل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك فى الغالب وقال ابو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل • قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب وفوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به • ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما فى مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق فى السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابى يوسف رحمه الله انه جوز فى الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله انه حين دخل الرى اجاز ذلك كله لما قلنا • قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعنى له ان يبيعه وان يورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رحمه الله انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا روى عن ابى يوسف رحمه الله انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقا كما يدخل فى الاجارة من غير ذكر • ومن اتخذ

ارضه

ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرر عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما فى الاعتاق • ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابى يوسف رحمه الله لانه اسقاط منه ولا يعود الى ملكه وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك البانى او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول فى الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر • قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد الا يرى ان له ان ينتفع به ويسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابى يوسف رحمه الله يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه اما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه

لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة، ولو جعل دارا
له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير
مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة
والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع
ذلك الى وال يقوم عليه فهو جايز ولا رجوع فيها لما بينا الا ان في
الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان و
الاستقاء من البير والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغني والفقير
والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون
بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء
ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب
والنزول والغني لا يحتاج الى
صرف هذه الغلة
لغناه

والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

وعن عان فيمن تمنى ان لا يكون الله حرم الخمر لا يكون كفرا وكذلك لو تمنى ان لا يكون الله
فرض صوم رمضان وتمنى ان يكون الزنا حلالا او الظلم وقتل نفس بغير حق كفر ولو قال
بر وزمن ازكرده جون توانكنم واراد به ضعفه لا يكون كفرا وان اراد التخليق كفر
وعن ابي يوسف منصور الماتريدي ان من قال لسلطان ظالم انه عادل كفر قال العبد
رضي الله عنه ويجب ان لا يكفر لانه يعدل في شيء ما، واذا قال طالب الدين از خداي خواست
بستانم صار مرتدا، ولو قال از بيغامبر است نهذا ايسر لان النبي صلى الله عليه
وسلم قد يلغب، ولو قال حكم خداي جنين است فقال من حكم خداي جه دانم
فهذا كفر وعن سفيان بن سحبان قال من زعم ان المعوذتين ليستا من القران
لا يكفر لانه متاول ملتقط، ولو نبت حشيش او شجر يكره قطع ذلك ما دام رطبا لانه ما دام رطبا يسبح

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت
والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار
قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر
الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه
يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس
هو الصحيح لتحقق المراضاة، قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء
قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير
رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد
الى اخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر
وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة
وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضى الاخر بتفرق الصفقة
الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب
لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم
البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما
خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر
فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها
او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال، قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة
مقدارها في جواز البيع لان في الاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة
والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه
الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز وهذا
هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع

وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فيصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان يزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق بينهما ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع

لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصلت له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بينهما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا

واصلا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله
في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجه
الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الوجه الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذه
بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم
مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ
حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي
لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره
الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها
في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال
قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار
فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي
فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو
للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع
لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي
رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة
ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب
ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم
يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في
بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع
فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناوله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما

ليسا منهما

ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا
لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او مرافقها دخلا فيه البيع واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فبمنزلة المتاع
لا يدخل الا بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم
اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى
المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع فان شرط تركها
على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو
اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء
المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له
الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى
لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد
استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي
الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل
لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض
فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط و
القول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول
لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة
خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان
الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي
ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ان يراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد
وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز
بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز بيع الباقلى الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع

بيع

الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه يجوز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البايع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البايع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا على هذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه بعد الوزن والبايع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جايز في البيع للبايع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد

وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جايزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذفه الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقده الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رحمه الله في تجويز الزيادة على الثلاث وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه قياس اخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف وان قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي

المساواة ولأن الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك
ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك
بالثمن وكذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب
يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم
لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته
على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لما له من الخيار وإن وطئها له أن يردها
لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكرا لأن الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
يفسد النكاح لأنه ملكها وإن وطئها لم يردها لأن وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا
ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري
على المشتري إذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبدا
فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار
ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار إلى
البائع لا يجب الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه
عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما
من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه
البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما
بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها إذا اشترى ذمي من
ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده
يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله
أن يفسخ وله أن يجيز فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر
حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله والشرط
هو العلم وإنما كنى بالحضرة عنه له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه

كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع
فلا يعرى عن المضرة فيه لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك
فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر
فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ولا نقول إنه مسلط وكيف
يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه
وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ
قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه
لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة
وإرادة فلا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق
المبيع سليما فكذا الوارث أما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط
ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز وأيهما
نقض انتقض وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو
قول زفر رحمه الله لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن
على غير المشتري ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له
اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز
جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه
فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ في الأخرى
وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الآخر أن الفسخ
أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال
التصرف وقيل الأول قول محمد رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله واستخرج ذلك مما إذا باع
الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رحمه الله يعتبر تصرف الموكل وأبو يوسف رحمه الله يعتبرهما قال
ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد
منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل

الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع

لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل

فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو الذي ثانيا

في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان

كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث

ان يفصل الثمن ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة

المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام

وهو جائز وكذلك الثلثة وان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل

لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع

الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار

من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد الشرع به غير ان هذه

الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في

الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها

بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا

العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور

في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد

من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ

اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر

امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة

لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما

ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما

لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث واما خيار الشرط فلا يورث

وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة

فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما يثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك

بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان

الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة واذا اشترى الرجلان

على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده وعلى

هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما

فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب

الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زايد وليس من ضرورة اثبات الخيار

لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان

بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب

فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف

النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد بعدمه بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كوصف

السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال

الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله

الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار

كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق

بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبل الرؤية وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا

الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية

بخلاف قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار

اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق

ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البايع راضيا بالزوال ووجه المرجوع

اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه

باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت وقال لي الخيار
لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار
الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار
الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرف يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل الخيار وان كان تصرفا
لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو
على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى
ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا
ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع
اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى
برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده
كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي
وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا نقول النظر الى وجه
الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم
البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي
وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم رؤية القوائم
والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم
يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف
للمقصود قال وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا راى خارج
الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب
الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد
من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل

كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
سواء وله ان يرده قال معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع
لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط
قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان
تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل
واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار
العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل
لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا
وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان
رسولا في البيع قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره
وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم
وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف
يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه قال
قد رضيت يسقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة
في الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رحمه الله
يوكل وكيلا يقبضه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على
ما مر آنفا قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر جاز له ان يردهما لان
رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده
بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله
خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن راى
شيئا ثم اشتراه فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له
بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا فان وجده

متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير
فالقول قول البايع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا
لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره
فيكون القول له قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه
لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد
ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان
الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد
اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا يعود بعد سقوط كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

قال اذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر
بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر
عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع
ولا عند القبض لان ذلك رضا به وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر
بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش
والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه
اذا ظهرت عند البايع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت
بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في
الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن باعتبار الكبر فان كان يستطيع بيعه
[illegible] لم يرده لان الكبر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان و
قال الشافعي رحمه الله يرده لان الكبر تسليط قلنا التسليط على الكبر في ملك المشتري لا في بايع
[illegible] صار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا [illegible]

والاباق في الصغر

والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير
من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا
ومعناه اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول
اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري
لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر
عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود
الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون
الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل في الغلام وهو الاستخدام الا
ان يكون عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم
ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراها على انها كافرة فوجدها مسلمة
لا يردها لانه زوال العيب قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها
عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البايع قبل القبض وبعده
هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع
الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال
ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البايع
انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء
لان الرد غير ممتنع برضا البايع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب
وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب
الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة
ليست بمبيعة فامتنع الرد اصلا وليس للبايع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه
المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون حابسا للمبيع

ومن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع
بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الكبير بعدها
بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه انه لا يرجع لان الامتناع
بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك
وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء لا يتقرر بانتهائه
فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل
بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله فكان كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء
عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان
قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه ظاهر
الرواية ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به
عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما
الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق فلهما انه صنع
في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه
في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع
الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد
فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى
بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان
البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب قال وان كان ينتفع به
مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال
الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار
كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل

فان

او الاثنين

فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع
بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري
ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من
الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء
بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على
الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني ولا ينفسخ الاول وان قبله بغير قضاء القاضي ليس له
ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير
وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب
فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله
يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف
البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب
ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء
فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل
لزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في
الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه
بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب
قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين
عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم
انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة
فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا

يصير

حتى يثبت الأبعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه قال العبد الضعيف رحمه الله اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريق الصفقة قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد في المقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يخلو عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة العبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار ثمة للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه

سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد منه بدا لانعدام ما ذكرنا يكون رضا ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البايع ويرجع بربع الثمن وان قبله فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم جملة العيوب بعددها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه

هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينها ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه لا يعد مالا عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع
في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند
البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله
والثاني قولهما رحمهما الله كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه بعد هذا ان
شاء الله وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير
ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد
حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير
مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد
مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها
تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان
مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه
يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان
استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق
المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى
ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز
والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت
ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله عليه قيمتهما وهو رواية
عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد
يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه
القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان

حقيقة

حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما
ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا
ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا
بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا
اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك ولا بيع الطير في الهواء لانه غير
مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن
بيع الحمل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع
في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه
ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانه يزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن
قلعه والقطع في الصوف غير متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع
الصوف على ظهر الغنم وعن بيع اللبن في الضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا
الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه
لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه
ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان
يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود
وضربة القانص ويروى وضربة الغائص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول
ولان فيه غررا وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لان النبي
عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة
مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على
الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لان
النبي عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة
اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخل من المعري بتمر مجذوذ

وهو بيع مجازاً لانه لا يملكه فيكون بيعاً مبتدأ ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت
في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي تساوما فاذا لمسها المشتري او نبذها
اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث
القاء الحجر ونهى عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقاً بالخطر ولا يجوز بيع ثوب
من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا
وقد ذكرناه بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على
ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين
مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا
اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا
كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وان كان
لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه
لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له
كذا ذكره الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند ابي يوسف
رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه منتفعاً به قبل
الخروج ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف
رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور
التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من
رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير
آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا
بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض
المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يكون قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني
لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من
الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة

انه يتم

انعقد صح

انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا
ابق بعد البيع وهكذا روي عن محمد رحمه الله ولا يجوز بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي رحمه الله
يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع
ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه
يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه
يختص بمحل القوة التي هي ضد الموت ولا حياة في اللبن ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس
العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه
ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رحمه الله ان الاطلاق
للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان
ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد
قال النبي عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر
فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع به قال
النبي عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا باس
ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع
عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا
يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما
بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط
العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه
والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا
في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن
على ما ذكرناه في كتاب الشرب وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة
تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق

بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى
قدر ما يشغله من الماء وان كان المراد فى بيع حق المرور والتسييل فوجه الفرق على احديهما بينه
وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل ان كان
على السطح فهو حق التعلى وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين المرور وحق التعلى
على احد الروايتين ان حق التعلى يتعلق بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور
يتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه الاعيان ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما
بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذى
ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففى مختلفى الجنس يتعلق بالمسمى
ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه
خباز فاذا هو كاتب وفى مسئلتنا الذكر والانثى فى بنى ادم جنسان للتفاوت فى الاغراض
وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيهما وهو المعتبر فى هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان
والوذارى والزندنيجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة
او نسية فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثانى وقال الشافعى رحمه الله
يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البايع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن
الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضى الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعد
ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغى زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده
مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة
بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة
ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع قبل ان ينقده الثمن بخمسمائة
فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البايع ويبطل فى الاخرى لانه لا بد ان يجعل الثمن مقابلة التى
لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها
ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفا فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارى
لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسرى الى غيرها ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه

فيطرح

فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف وهو عشرة
ارطال فقال البايع الظرف غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشترى لانه ان اعتبر اختلافا
فى تعيين نفس الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا فى السمن
فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع
خمر او شرائه ففعل جاز عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير
وعلى هذا توكيل المحرم ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل
اليه فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابى حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته
وانتقال الملك الى الامر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم اذا كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه
وان ثمنا يتصدق به ومن باع عبدا على ان يعتقه المشترى او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها
المشترى فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبى عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب
فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط
ان لا يبيع المشترى العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى الى الربوا او لانه يقع
بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان
لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشترى الدابة
المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدى الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه
الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق فى التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضى
ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعى رحمه الله وان كان يخالفنا فى العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة
فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه بعد
ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب
عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا كما اذا تلف به بوجه آخر ولابى حنيفة رحمه الله
ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرنا ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منهى للملك

والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق
الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال
قبله موقوفا وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان يسكنها او على
ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولان النبي عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن
يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين
في صفقة ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى شهر او الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل
في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون
الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به
خلقة وبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا
والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة
غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل
بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن لا يصح الاستثناء حتى يكون الحمل موروثا
والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا
استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه
قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه
يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البايع او يشركه فالبيع فاسد قال
رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار
كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر
اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع
لابتنائهما على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر

النصارى

النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه ولا يجوز البيع
الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى
هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل
الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن
فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا
تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه
يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ
الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه
وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة
وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف
ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح
الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من
له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل
البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد
وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة
وقال زفر رحمه الله فسد البيع فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر
له اعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى
الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول
ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال
والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح
لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية
ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذلك

في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهولاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع فكان اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا
لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد منهما

فصل في احكامه

قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر
البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه
وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده
قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا
الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع به وبه ينال نعمة الملك وانما
المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد
المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف
لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست
بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء اخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي
تصلح ثمنا لا مثمنا ثم يشترط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة
كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته
قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
ويشترط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج
عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما ذوات
الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل
معنى ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط
زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له فان باعه
المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض

الاول

الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع
باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري
في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد فيستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من
الشفيع ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه فهو جائز وعليه قيمته
لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع
حق الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز
المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر
ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان
المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها
بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا
ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع
الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس
على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير
بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به
الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد
منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح
فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها
فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يتعين الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة

من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وفساد الملك ينقلب في الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل

فيما يكره ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد فلا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلدة فان كان لا يضر فلا باس الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال وكل ذلك يكره لما ذكرناه ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما بيناه وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغير وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص

ورد بخلاف

ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره فلا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به وان فرق بينهما كره له ذلك وجاز البيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح ان النبي عليه السلام فرق ما بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جايزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها

في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل
لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو
البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع
وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول
لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف
ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن
الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما رحمهما الله بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة
ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله لان الولد مانع من الفسخ وعندهما رحمهما الله
يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عند محمد رحمه الله
وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده رحمه الله لامكان
البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع
منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة
في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل
منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة
ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل
الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما
على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة
ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء
فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه
اذا لم يكن مثليا لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل
وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف فهو جائز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه

بربح ده يازده

بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف
الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه
الاشياء برأس المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه
بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف
المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف
اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه
وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد
ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك
بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط
في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا
تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت
الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه
جميع الثمن في الرواية الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب
لانه طالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه
مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة
ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا
وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز
بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد
ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة
فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد

حصل بغيره واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم
لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول و
كانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى
ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه
عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود
والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا يرى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني
عدما في حق نصف الربح ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس
عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه
لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله فاذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي
فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها و
هي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعها
مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه ومن اشترى غلاما بالف نسيئة
فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها
بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين
وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير
كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان ولاه اياه و
لم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه
ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن و
نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك بعد ان شاء الله تعالى وقيل
يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد
قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ويبينه لان الثمن حال ومن ولى رجلا شيئا

بما قام

بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو
بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد
وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه فاذا اعلمه
في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر
انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد
لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث
معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الاختلاف ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا
موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن
لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على
المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له
بخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذراع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر
بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا
بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا
بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين
والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين
على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما
لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف
في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها
بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان
على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض

ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ
ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما ولاية الرفع
فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بالعقد لأن
وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق
لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة
ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة
لما أن في الزيادة إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية
لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما
يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا لأن الثمن حقه فله أن
يؤخره تيسيرا على من عليه ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة
كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل وكل دين
حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح
بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل
فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا
وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة أن يقرضوه من ثلثه ولا يطالبوه
قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي **باب الربوا**

الربوا محرم في كل مكيل وموزون إذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال
القدر مع الجنس وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربوا وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين
بالرفع وبالنصب مثلا ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائسين لكن
العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة
مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة
والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به

والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا
والحكم قد يدار مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع
إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال
التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار
يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لأن الربوا هو
الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن العوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف
لأنه لا يعد تفاوتا عرفا أو لأن في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام
جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق
بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره إذا ثبت هذا
نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة
في المعيار ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب
وزنا بوزن وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربوا
إلا مثلا بمثل لإهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند
الإتلاف وعند الشافعي رحمه الله تعالى العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما
دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا
أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل
والنساء لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل
والنساء لوجود العلة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء
مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين
وحرمة النساء بأحدهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى الجنس بانفراده لا يحرم النساء
لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع

فيه حتى يجوز البيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا ان الفضل الربوا انما وجب نظرا
الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي
مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما
لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين
والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين والنقود ولو باع بالنقود موازنة
وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا
اختلف فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل كيلا
فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص
رسول الله عم على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان
النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات
الناس ولانه وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص ايضا لان النص
على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها
متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم
الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة
ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل
فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها
وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله
لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر
قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين
الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه
التقابض خلافا للشافعي رحمة الله عليه في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث
المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يتقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا

ولنا

ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة
انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به
ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد اي عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رحمة الله عليه
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة و
ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا
تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا فلا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم
بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه
في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف
ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه عليه السلام وبخلاف ما اذا كان احدهما
بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة
باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين
الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمة الله عليه
لا متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة
فكذا اجزاؤهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم
المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تعالى اذا باعه
بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه
من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث
زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون

بالبسر موزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن
لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال
يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير. ويجوز بيع الرطب
بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام
حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذاً وله ان الرطب
تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا
وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر
فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواه على
زيد ابن عياش وهو ضعيف عند النقلة. وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه
وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية. والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه
بيع التمر بالتمر وكذلك بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر والزبيب المنقع بالمنقع منهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو
حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل ان التفاوت
فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما
على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يظهر التفاوت
بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر. ولو باع البسر بالتمر
متفاضلا لا يجوز ومتماثلا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه
بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر لان هذا الاسم له من اول ما ينعقد
صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في
الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا
اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او
الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز

بالدهن واللبن بالسمن والعنب بالعصير والتمر بالدبس على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله
والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع. ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا
ومراده لحم البقر والابل والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب
مع البخاتي. وكذا البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انهما جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا
ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة
وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا لو كان عصيرا كانا جنسين
وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد. وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس
مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا. ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا
لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة
انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان
كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم جائز في الخبز في الصحيح ولا خير
في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم و
التأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت
في آحاده. ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة
وعندهما رحمهما الله تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه
ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن
منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في
دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان
ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه. ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى. ومن اشترى دارا بحدودها
فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه

الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء
لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى
مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه
بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو
عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما رحمهما الله ان كان مفتحه في الدار يدخل
من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا
لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع
ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة
منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فيحصل الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق
ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون
له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال
فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه
يشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا
الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال
العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة لم يكن على العبد
شيء وان كان البايع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البايع وان ارتهن
عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما
لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي
ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره

واقراره

واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه
على البايع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن
ان يجعل ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ولا يجعل الامر به ضامنا
للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا
عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم
في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده
والتناقض يفسد الدعوى وقد قيل ان كان في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه
تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق
فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع
والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي
في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي
في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق
غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح من المجهول
على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي
رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقد ولا انعقاد
الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر
فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون
كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن
ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان
بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا
اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة

البيع وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح لانه
معبر محض وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا
ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل المبيع ان
كان مثليا او قيمته ان لم يكن له مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة
الوارث فى الفصلين لانه توقف على اجازة المورث بنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك فى حياته
ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول ابى يوسف رحمه الله اولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه
ثم رجع ابو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع فى الاجازة اى فى
شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشترى ثم اجازه المولى البيع
فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق
بدون الملك على ما قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت فى الاخرة
يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح
بيع المشترى من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا
لا يصح اعتاق المشترى من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان لهما انه ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع
لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى
من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون
بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان
فى البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده فى حق الحكم اصلا وبخلاف
بيع المشترى من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرء على ملك موقوف لغيره ابطله
واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منه كذا ذكره هلال وهو الاصح فان قطعت
يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشترى لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان
القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش
كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد فى الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى
والخيار للبائع ثم اجاز البيع فالارش للمشترى بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف

الثمن

الثمن لانه لم يدخل فى ضمانه او فيه شبهة عدم الملك فان باعه المشترى من اخر ثم اجاز المولى البيع
الاول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع
يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر فان لم يبعه المشترى فمات فى يده او قتل
ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها القيام اى قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا
بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشترى
عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشترى ثابت فامكن ايجاب
البدل له فيكون المبيع قائما لقيام خلفه ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشترى البينة على اقرار
البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل بينته للتناقض فى الدعوى اذ
الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضى
بطل البيع ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشترى ان يساعده على ذلك فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى قال رضى الله عنه وذكر فى الزيادات ان المشترى اذا صدق مدعيه
ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد فى هذه فى يد المشترى وفى تلك فى يد
غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشترى ومن باع دار الرجل وادخلها
المشترى فى بنائه لم يضمن البائع عند ابى حنيفة رحمه الله وهو قول ابى يوسف رحمه الله اخرا وكان يقول اولا
يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه فى الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة
فقال ابن عباس رضى الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلم المضمون وانزل فيها اطول اية فى كتابه
وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الاية وبالسنة وهو ما روى انه عليه السلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما روينا
ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه وهو جائز فى المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام
من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير
لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة فى العقود للمعانى والاول

اصح لان التصحيح انما يجب فى محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن وكذا فى المذروعات لانه يمكن ضبطها
بذكر الذرع والصنعة والصفة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا فى المعدودات
التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم
فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ
والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتفاوت
وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز
السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددى وليس بمكيل وعنه انه
لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار يعرف مرة بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا
بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا فى الفلوس عددا وقيل هذا قول ابى حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية فى حقهما باصطلاحهما ولا يعود وزنيا وقد ذكرناه من
قبل ولا يجوز فى الحيوان وقال الشافعى رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع
والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه التفاوت فى الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى
تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع
العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبى عليه السلام نهى عن السلم
فى الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير ولا فى اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت
فيها اذ هو عددى متفاوت لا معيار لها ولا فى الجلود عددا ولا فى الحطب حزما ولا فى الرطبة جرزا
للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بيّن طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان
على وجه لا يتفاوت ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل
حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز
وقال الشافعى رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا
قوله عليه السلام لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد
من استمرار الوجود فى مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء
فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارى على شرف الزوال فصار كاباق

العبد المبيع قبل القبض ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر
مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير فى السلم
فى السمك الطرى الا فى حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع فى زمان الشتاء حتى لو كان
فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى لحم
الكبار منها وهى التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم عنده ولا خير فى السلم فى اللحم عند ابى حنيفة رحمه الله
وقالا رحمهما الله اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه الربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن
وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت فى قلة العظم وكثرته او فى سمنه وهزاله على اختلاف
فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثانى وهو
الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض بعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض
يعاين فيعرف مثل المقبوض به فى وقته اما الوصف فلا يكتفى به ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال
الشافعى رحمه الله يجوز لاطلاق الحديث ورخص فى السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا
ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا
على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافى ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه
مفضية الى المنازعة كما فى البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول
اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتاخر فيه
التسليم فربما يضيع فيؤدى الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض
ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة
الا فى قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابى يوسف رحمه الله ولا فى طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله تعالى الثمر
بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا كالخشمرانى
ببخارا او البساخى بفرغانة ولا يجوز السلم عند ابى حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط جنس معلوم
كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردى

ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف اوكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه
ومعرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية
المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا رحمه الله لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان
معينا ولا الى مكان التسليم ويسلم في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود
يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل
في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس
المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس المال كل
واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب
للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان فيه في الاوامر فصار
كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب
فاذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان
وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف عنده يوجب التحالف كما في
الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الثمن والاجرة والقسمة وصورتها
اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح
انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان
تسليم الدابة للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه
لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير
والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب
في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين
المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا ولا يصح السلم حتى يقبض
راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي
عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف

سمان

ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال
ليتقلب المسلم اليه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا انه لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما
لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد
بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز
خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه
وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين
على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه
ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ لان السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا
انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا يرى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض
لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية لانه تصرف فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس
المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ
شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن
جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فيجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس
لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه ومن اسلم في كر
فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره
ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل
فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل
الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا ولكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين
غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء فان لم يكن
سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود
عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه

فی غرایر رب السلم ففعل وهو غایب لم یکن قضاء لان الامر بالکیل لم یصح لانه لم یصادف ملکه
ای ملک الآمر لان حقه فی الدین دون العین فصار المسلم فیه مستعیرا للغرایر منه وقد جعل ملکه
نفسه فیها فصار کما لو کان علیه دراهم دین فدفع الیه کیسا لیزنها المدیون فیه لم یصر قابضا ولو کانت
الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حیث صادف ملکه لانه ملک العین
بالبیع الا یری انه لو امره بالطحن کان الطحین فی السلم للمسلم الیه وفی الشراء للمشتری لصحة الامر
وکذا اذا امره ان یصبه فی البحر فی السلم یهلک من مال المسلم الیه فی الشراء من مال المشتری ویتقرر
الثمن علیه لما قلنا ولهذا یکتفی بذلک الکیل فی الشراء فی الصحیح لانه نایب عنه فی الکیل والقبض بالوقوع
فی غرایر المشتری ولو امره فی الشراء ان یکیله فی غرایر البایع ففعل لم یصر قابضا لانه استعار غرایره ولم یقبضها
فلا یصیر الغرایر فی یده فکذا ما یقع فیه فصار کما لو امره ان یکیله ویعزله فی ناحیة من بیت البایع
لان البیت بنواحیه فی یده فلم یصر المشتری قابضا ولو اجتمع العین والدین والغرایر للمشتری
ان بدا بالعین صار قابضا اما العین فلصحة الامر فیه واما الدین فلاتصاله بملکه یصیر قابضا کمن
استقرض حنطة وامره ان یزرعها فی ارضه وکمن دفع الی صائغ خاتما وامره ان یزید عنده نصف
دینار وان بدا بالدین لم یصر قابضا اما الدین فلعدم صحة الامر واما العین فلانه خلطه بملکه قبل التسلیم
فصار مستهلکا عند ابی حنیفة رحمه الله فینتقض البیع وهذا الخلط غیر مرضی به من جهته لجواز ان یکون
مراده البدایة بالعین وعندهما هو بالخیار ان شاء نقض البیع وان شاء شارکه فی المخلوط
لان الخلط لیس باستهلاک عندهما ومن اسلم جاریة فی کر حنطة وقبضها المسلم الیه ثم تقایلا فماتت
فی ید المشتری فعلیه قیمتها یوم قبضها ولو تقایلا بعد هلاک الجاریة جاز لان صحة الاقالة تعتمد
بقاء العقد وذلک بقیام المعقود علیه وفی السلم المعقود علیه انما هو المسلم فیه فصحت الاقالة حال قیامه
فاذا جاز ابتداء اولی ان یبقی انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد فی المسلم فیه انفسخ فی الجاریة
تبعا فیجب علیه ردها وقد عجز فیجب رد قیمتها واذا اشتری جاریة بالف ثم تقایلا فماتت فی ید المشتری
بطلت الاقالة ولو تقایلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود علیه فی البیع انما هو الجاریة
فلا یبقی العقد بعد هلاکها فلا یصح الاقالة ابتداء ولا یبقی انتهاء لانعدام محله فهذا بخلاف بیع
المقایضة حیث یصح الاقالة ویبقی بعد هلاک احد العوضین لان کل واحد منهما مبیع من وجه ومن اسلم

الی رجل عشرة دراهم فی کر حنطة فقال المسلم الیه شرطت لک ردیا وقال رب السلم لم تشترط شیئا
فالقول قول المسلم الیه لان رب السلم متعنت فی انکار الصحة لان المسلم فیه یربو علی راس المال فی العادة
وفی عکسه قالوا یجب ان یکون القول لرب السلم عند ابی حنیفة رحمه الله لانه یدعی الصحة وان کان صاحبه
منکرا وعندهما القول لرب السلم یعنی المسلم الیه لانه منکر وان انکر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء
الله تعالی ولو قال المسلم الیه لم یکن له اجل وقال رب السلم بل کان له اجل فالقول قول رب السلم
لان المسلم الیه متعنت فی انکاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غیر متیقن لمکان الاجتهاد
فلا یعتبر النفع فی رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفی عکسه القول لرب السلم عندهما لانه ینکر
حقا علیه فیکون القول قوله وان انکر الصحة کرب المال اذا قال للمضارب شرطت لک نصف
الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لی نصف الربح فالقول لرب المال لانه
ینکر استحقاق الربح وان انکر الصحة وعند ابی حنیفة رحمه الله القول للمسلم الیه لانه یدعی الصحة
وقد اتفقا علی عقد واحد فکانا متفقین علی الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه لیس بلازم
فلم یعتبر الاختلاف فیه فیبقی مجرد دعوی استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من
خرج کلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق علی عقد واحد
فالقول لمدعی الصحة عنده وعندهما للمنکر وان انکر الصحة ویجوز السلم فی الثیاب اذا بین طولا
وعرضا ورقعة لانه اسلم فی معلوم مقدور التسلیم علی ما ذکرنا وان کان ثوب حریر لا بد له من بیان
وزنه ایضا لانه مقصود فیه فلا بد من البیان ولا یجوز السلم فی الجواهر ولا فی الخرز لان آحادها
یتفاوت فاحشا وفی صغار اللؤلؤ التی تباع وزنا یجوز السلم لانه مما یعلم بالوزن ولا باس
بالسلم فی اللبن والآجر اذا سمی ملبنا معلوما لانه عددی متقارب لا سیما اذا سمی ملبنا وکل
ما امکن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فیه لانه لا یفضی الی المنازعة وما لا یضبط صفته
ولا یعرف مقداره لا یجوز السلم فیه لانه دین وبدون الوصف یبقی مجهولا جهالة تفضی الی المنازعة
ولا باس بالسلم فی طست او قمقم او خفین او نحو ذلک اذا کان یعرف لاستجماع شرایط السلم
وان کان لا یعرف فلا خیر فیه لانه دین مجهول وان استصنع شیئا من ذلک بغیر اجل جاز استحسانا
للاجماع الثابت بالتعامل وفی القیاس لا یجوز لانه بیع المعدوم والصحیح انه یجوز بیعا لا عدة والمعدوم

فقد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز
وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار
للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم
المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع
فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله
ولا يجوز فيما لا يتعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف
ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع
فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على
السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم
الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى مسايل منثورة ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع
المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير
منتفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن
ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكان منتفيا ولنا انه نهى
عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه
بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم
نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام
فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه واهل الذمة
في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم
ونحن امرنا بتركهم وما يعتقدونه دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر

من اثمانها

اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع
بالف ولا شيء على الضامن واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد
خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا
او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها
فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن
وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها
الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي
الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا
لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي ووجه الاستحسان وهو ان في الحقيقي استيلاء على المحل
وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة انه باعه
اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبة معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه
بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك
المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي
فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه
لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان
كان المشتري اثنان فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الاخر لم يأخذ نصيبه
حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن
كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه
وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء
جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي منه شيء والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا
كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال
نفسه ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب

من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب
من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن
المعهود في كل واحد منهما ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها
او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع
بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة
له عند المقابلة بجنسها فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها
لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له واذا فرخ طير في ارض رجل فهو
لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان
كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم
بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره
او وقع ما نثر من السكر والدراهم في حجره او في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا
عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه
بجريان الماء

كتاب الصرف

الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد
والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة
لغة هكذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز
الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل
وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد بيناه في البيوع
ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان
يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد من
قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما
سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق

ما رويناه

ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا
للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة
او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح
فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض
وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب
بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل لفوات الشرط
وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني
يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز
التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى
بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي
ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا
نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا
لعدم الاولوية وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا
كما في السلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض
في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ومن باع جارية قيمتها الف
فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا
فالذي نقد من الفضة ثمن الطوق لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الاتيان
بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل
في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما وكذا لو باع سيفا
محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض من حصة الفضة
وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما
الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا
حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن

عن المجلس صح

تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز
البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت
الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة
الفساد من وجهين فترجحت ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يوجد والفساد
طارى لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء
اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها
اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع
كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه
قابل الجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح
التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى
الثوب وكذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز
في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك
احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا
من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة
الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله
لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل فصار كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه
وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف
الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى
المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد
انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار
جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما رويناه
فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان فلا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا

فضة

فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية
وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها
عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن
يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا
تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة
الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا
بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان
كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد
فكفى ذلك للجواز ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده
بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة واذا كان
الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم وان كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما
من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن
وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع
الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان
الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة
فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من
الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه
ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل
فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج
بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ثم
هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين وان كان

يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف فلا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع
يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها
سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه
قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها ولهما ان العقد قد صح الا انه تعذر
التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند
ابي يوسف رحمه الله عند البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل
واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع بالفلوس
لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة
لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند
ابي حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانها اعارة وموجبها رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به
وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض
مثليا فانقطع ولكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من
قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر
ومن اشترى بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق
فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها
تقدر بالعدد لا بالدانق والدراهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين
فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم
من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه يجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم
فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا ومن اعطى
صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل

فيما بقي

مكفول له — مكفول عنه — مكفول به — الكفيل

فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بالنصف الا حبة ربوا فلا يجوز
وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره
ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا
الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون
نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه في اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة
الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا الآية ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاول اصح الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة
والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة
له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم
غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه
فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو
الضم في المطالبة فيه وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه
وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق
وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر
بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذلك اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال
هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك كلا
او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل
هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة
فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء
بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة فلعله
ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت المدة ولم يحضره

لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق فان احضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له على ان يخاصمه فيه مثل ان يكون
فى مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه التزم التسليم مرة
واذا كفل على ان يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ لحصول المقصود وقيل فى زماننا لا يبرأ لان
الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه فى برية لم يبرأ لانه
لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه فى سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم
فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند ابى حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد
يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا
مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء
هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصى ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه
مقام الميت ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من
كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه
ومن تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به فى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره فى الوقت لزمه ضمان
المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الوفاء وهذا التعليق صحيح واذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ
عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافى الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال
الشافعى رحمه الله لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه النذر من حيث
انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه
ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الوفاء ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه
رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه
الى ما عليه ولا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار

النفس

النفس واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس فلا يصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال
ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية ولا يجوز الكفالة بالنفس
فى الحدود والقصاص عند ابى حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد وفى القصاص لانه
خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة فى حد من غير فصل
ولان مبنى الحد على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما فى التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها
واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضى
لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطرى الشهادة اما العدد واما العدالة بخلاف الحبس فى باب
الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر فى ادب القاضى ان على قولهما لا يحبس فى الحدود و
القصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة والرهن والكفالة جايزان فى الخراج لانه دين يطالب
به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا
آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا
يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول
تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك فى هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة
وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار
وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك فى موضعه ان شاء الله تعالى
والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة
فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما
لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
منه فلا يمكنه التمليك من الثانى اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق ويجوز تعليق
الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى وما غصبك فعلى والاصل

فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط
ملايم له مثل ان يكون شرطا لموجب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا
قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط
في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل
واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل
بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت عنه بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه
الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها وتجوز الكفالة
بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب
ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل عنه بامره رجع بما ادى
عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه
اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملكه بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة
او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى
لانه لا يجب عليه شيء حتى يملكه الدين بالاداء بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة
لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه
قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان لوزم بالمال
كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله
بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل يوجب براءة الكفيل لان
الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه
جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل
لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل
عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هنا بخلافه فان

الا ان شرط الطالب وقت الكفالة الاجل
للكفيل خاصة فلا يتاجل الدين
عن الاصيل

صالح

صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصيل لانه اضاف الصلح
الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة
باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة اذا كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة
فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل
عن المطالبة ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه ومعناه
ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع
وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن
اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء
فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها
من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان
اليه لانه هو المجمل ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات
ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد
الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة
به كالحدود والقصاص معناه بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها
النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع
لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب
لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستاجر والمستعار ومال
المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم
المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح
الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل
هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا ولا يصح الكفالة
الا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يصح

اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة في النفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما وهو ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لورثته تكفلوا عني بما علي من الدين فكفلوا به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية للغرماء في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق المطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا اذا كان به كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب ولكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقالا هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن

الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل واذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن بجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع.

ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليمًا وهو على دعواه لان الشهادة لا يكون مشروطة في البيع ولا هو
باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف
ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا
اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا
وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما
فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه
على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن
لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه
ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما
الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية
واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق منه ككري النهر المشترك واجرة الحارس والموظف لتجهيز
الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها بالاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات
في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى صحته الامام البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد
قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي
حال فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول
قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي
الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل
في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل
في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني
بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية
وكفل رجل له بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع

على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضوعه اوائل الزيادات
في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة
قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك
وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن
الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما
هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد
منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على صاحبه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع
بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي الآخر كفيل ولا معارضة فيه بين ما عليه بحق الاصالة
وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة
فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه
كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل
شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون
الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر
وموجبها التزام المطالبة فيصح الكفالة عن الكفيل كما يصح عن الاصيل وكما يصح الحوالة من المحتال عليه
واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف
ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء قد حصل برجوع احدهما
بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنيابته
وان رجع بالجميع على وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا ابرأ رب المال
احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر
كفيل بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما
شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه

على ظاهر

حتى يؤدي اكثر من ذلك اي من النصف لما مرّ من الوجهين في كفالة الرجلين واذا كوتب العبدان كتابة
واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا
العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما
معلقًا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في الكتاب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة ولو لم يؤديا شيئا
حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال
الا ان يكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط النصف عن الآخر لان المال في الحقيقة مقابلة
برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا
برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه
بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع
على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد

والكفالة عنه ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال عليه
لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به
والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا
ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه
ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول
بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن
الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى
القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه
او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع كل واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع
ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى يصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته
عن العبد يصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال
ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه

فلا ينقلب

فلا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به
او عبد لانه يثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه
في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة لانه كالمكاتب
عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون
قال عليه السلام من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة
وانما اختص بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين وتصح برضا المحيل والمحتال
والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه
واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون
رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه
نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم تكن بامره واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر
لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس
والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية
والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود
المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا ولم يرجع المحتال له على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي
رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة
بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع
والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا
لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان
يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما
لان مال الله تعالى غاد ورائح واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين
لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان
المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكره والقول للمنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك
لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين لي كان عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين

وهو ينكره ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه ومن اودع رجلا الف
درهم واحال بها عليه آخر فهو جايز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما
التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات
وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه
لانه تعلق به حق المحتال له على مثال الرهن وان كانت اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه
لو بقيت له مطالبته فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به
بل بذمته فلا يبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض
سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى النبي عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد فاما الاول
فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان
اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء
والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان
يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل
ويستحق العزل وهذا هو الظاهر من المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان
المقلد اعتمد على عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل
يصلح لانه يجتهد حذارا عن النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة
عليه ولا قدرة بدون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو
ايصال الحق الى مستحقه وروي انه عليه السلام قلد عليا القضاء باليمن قبل ان يبلغ حد
الاجتهاد وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته

من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه
وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها
عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي
فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ويكره
الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يكون شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم
الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة
طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من
الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء
للعالم عن الفساد وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم
يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية
والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته ولا علماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا
الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه ومن قلد
القضاء يسال عن ديوان القاضي الذي كان قبله وهي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها
وضعت فيها ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت
المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى
وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة
المعزول او امينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى
وهذا السوال لكشف الحال لا للالزام وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه
اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست مقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي
عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير

وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه يثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر بها لغيره فيسلم ما اقر له الاول ليسبق حقه ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا تشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحايض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رحمهم الله كانوا يجلسون في المساجد للخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحايض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن الناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب الاطلاق قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها ويشهد الجنايز ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة

القضاء

القضاء ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول اتشهد بكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى يسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال فانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان يمتد المدة ليفيد فايدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي هذه المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وقال في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل

فان كان موسرا ابد حبسه ان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولى ومدته قد بيناها فلا نعيده ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي المدة

باب كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا فان شهدوا بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط التي نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون رحمهم الله ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا وسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد

من حضوره

من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عمله وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما مر عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب والسنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى صادف مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا للسنة لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور

لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول وكل شيء قضى به
القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا
كان الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي
القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر
الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد لانه يحتمل الاقرار
والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام
الانكار وقت القضاء فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نايبه كالوكيل او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا
صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في الجامع
ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة
مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لحفظه وان اقرض الوصي يضمن لانه لا يقدر على
الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

ولو حكم رجلان رجلا لحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم
الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية
الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم
عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا
رفع حكمه الى القاضي ينظر ان كان موافقا مذهبه امضاه لانه لا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية
لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في
ساير المجتهدات وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام ولو
حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة فانه لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم لعدم التحكيم
اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه

مخالف

مخالف لرايه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا يعقله ويجوز ان يسمع البينة
ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود
على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قايمة وان اخبر بعد الحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم
لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا يقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة
فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه يقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء
ولو حكم رجلين فلا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي

مسايل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا
اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل
الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر واذا اشكل
لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه في تصرف محل المنع لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق
المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض واذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو
من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه واذا كانت زايغة مستطيلة تنشعب عنها زايغة مستطيلة وهي
غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور
اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور
فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد
الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب وان كانت
مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة
ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده
ثم صالحه منها فهذا جايز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى به و
وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول جايز عندنا لانه لا جهالة في الساقط ولا يفضي الى المنازعة
على ما عرف ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسيل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها
منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لم يقبل بينته لظهور التناقض اذ

اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق
ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا
كذا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه
فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندنا ومن قال لآخر اشتريت
مني هذه الجارية فانكر فان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما
جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم
الفسخ ومجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها
وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه ومن
اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة
عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف
والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف
وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف
ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي
الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بلى لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان
اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف
ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد
والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا ومن ادعى على آخر
مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت
بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره
فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا يرى انه يقال
قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق
اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على

الابراء

الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون
المعرفة وذكر القدوري رحمه الله انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على
بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على
آخر انه باع جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام
البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل
بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي
وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال
ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى
فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله
هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في كتاب الاقرار لان الاستثناء ينصرف
الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم
العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه الى بيت الله
ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت
قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب
الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء
الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت
مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا
ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد
لهم ظاهر الحدوث ايضا ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن
الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر
انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه
حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك

بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا
على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى
بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح
كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح
واذا قسم الميراث بين الغرماء او بين الورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط
بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين
والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان
في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق و
اللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا
او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشرى ممن في يده او اثبت الدين على
العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة
لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على هذا الخلاف
وقيل ان دفع بعلامة اللقطة واقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع
وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما
ظنه البعض واذا كانت الدار في يد رجل واقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه
فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد
ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء للميت
مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء
القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى
في المنقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع فيه بخلاف العقار لانها
محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام
والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى

وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر
الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في
الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح
نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت
استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى
بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال
كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه
الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال
ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء
فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة
الصدقة في العشر راجحة وعند محمد رحمه الله لا يدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده و
لا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل
يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص بلفظ الملك
فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا
لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك
لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم
وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال
وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع
شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة
ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف

على العلم كما فى تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا
لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفى الاول يفوت لعجز الموصى ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر وهذا من باب المعاملات ولا يكون النهى نهيا عن
الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول
سواء لانه من المعاملات وبالواحد كفاية فيها وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه
فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته
كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع
والبكر والمسلم الذى لم يهاجر الينا واذا باع القاضى او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع
واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم
لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعدون عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشترى على
الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا
عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشترى على الوصى لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى عنه
فصار كما اذا باعه بنفسه ويرجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التى غرمها ايضا لانه لحقه فى امر الميت والوارث
اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر

واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك
ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل
الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه
الرواية لفساد حال اكثر القضاة فى زماننا الا فى كتاب القاضى للحاجة اليه وجه الظاهر انه
اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولى الامر واجب وفى تصديقه
طاعة وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة
وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا

او عالما

او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة واذا عزل القاضى فقال
لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول
قول القاضى وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك فى حق هذا اذا كان الذى قطعت يده والذى اخذ منه المال
مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر
شاهدا له اذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق
ولا يمين على القاضى ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضى ايضا لانه فعله فى حالة القضاء
ودفع القاضى صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه فعله قبل التقليد
او بعد العزل فالقول للقاضى ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع
والآخذ فى هذا الفصل بما اقر به القاضى يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع
الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه
بالتصادق ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى انه
فعله فى قضائه او ادعى انه فعله فى غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى تملكه الا بحجة
وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادة

الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى لقوله تعالى ولا يأبى
الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى
لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر
والاظهار لانه يخير بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام
للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه
فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه السلام واصحابه رضى الله عنهم دلالة
على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال فى السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه
ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع
فلا يحصل احياء حقه والشهادة على مراتب منها الشهادة على الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال

لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى
ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن
رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان
فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة
ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل
فيها شهادة النساء لما ذكرنا وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين
سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي
رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا
فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه
اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل علم الشاهد وبالثاني يبقى
وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان
انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن وتقبل في الولادة
والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر
الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها
في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكمها في البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل في العنين ويفرق بعده
لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة وان قلن انها ثيب
يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال
الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من

امور الدين

امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار
كشهادتهن في نفس الولادة ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب
قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه
لا يستأجر لوجاهته ويمتنع من الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح
عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه
اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه
اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة
النساء في الولادة وغيرها هذا هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء
ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل
حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثله مروي
عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى
القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء
فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم ايضا لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا
للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبناه على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل
فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد
ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع
الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة
ثم قيل لا بد ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله عدل لان
الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل

معناه قول المدعى عليه وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكية لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية
اخرى الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب
فى انكاره مبطل فى اقراره فلا يصح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا
اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق واذا كان رسول القاضى الذى يسأل
عن الشهود اى عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكى وعلى هذا الخلاف رسول القاضى الى المزكى
والمترجم عن الشاهد له ان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القاضى تبتنى على ظهور
العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة فى المزكى
فى الحدود ولهما انه ليس فى معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القاضى
واشتراط العدالة امر حكمى فى الشهادة فلا يتعداها فلا يشترط اهلية العدد بالاجماع على ما
قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة فى تزكية شهود الزنا
عند محمد رحمه الله

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل
البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد به
وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن فى اطلاق الاداء قال الله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبى عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول
اشهد انه باع ولا يقول اشهدنى لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر
للقاضى لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم
جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم فى هذه
الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ
لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما يصير
موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد
الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره ولا يحل للشاهد
اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم

قيل هذا على قول ابى حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف
فيما اذا وجد القاضى شهادته فى ديوانه وقضيته لان ما يكون فى قمطره فهو تحت ختمه يؤمن
عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة فى الصك لانه فى يد غيره
وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن
وانت ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية
القاضى فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان
الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان ان
هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون
فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل
واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب
فيشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى
باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون
فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغى ان يطلق اداء الشهادة اما اذا
فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد فى الاملاك يطلق الشهادة
ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد
على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر
انبساط الازواج كما اذا راى عينا فى يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على
جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الاشياء
ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف وعن ابى يوسف رحمه الله اخرا انه يجوز فى الولاء
لانه بمنزلة النسب على ما قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وقيل قوله فى مولى له ابوان
او ثلثة دون رجل بعينه وعن محمد انه يجوز فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول
الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح
انه تقبل الشهادة بالتسامع فى اصله دون شرائطه لان اصله هو الذى يشتهر ومن كان

في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك
اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك
ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال
الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة
الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين
المالك والملك حل له ان يشهد وان لم يعاينهما لا يحل وان عاين المالك دون الملك لا يحل
وان عاين الملك بحدوده دون المالك يحل استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته
ولكن ينبغي للشاهد ان لا يفسر للقاضي بسبب التحمل اما اذا فسره لا يقبله كما ذكرنا بالموت واما
العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف
انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء
لان لهما يدا على نفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد
فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه تقبل
فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف
والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة
بين المشهود له وبين المشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء
يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء
لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان
الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو
لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود

في غير القذف

في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى
الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة
فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدث له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه
لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق ولهذا لو شهد العبد فرد القاضي شهادته
ثم شهد في تلك الحادثة بعد العتق تقبل بخلاف الفاسق والزوج اذا ردت شهادتهما في حادثة
ثم شهدا فيها بعد التوبة والبينونة ولو ضرب بعض الحد ثم اسلم فاتم الحد تقبل شهادته لان
المضروب بعد الاسلام ليس بحد ليصير تبعه تمامه وهو الرد ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده
ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا
الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير
لمن استاجره لان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون
شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ
الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع
باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة
فيصير كالمستاجر عليها ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان
بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من
النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة
وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على
المشهود به ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من
وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه
فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء
التهمة وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة
بعضهم في مال البعض ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه

فاسق فاما الذي في كلامه لين في اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لانهما
يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ولا مدمن الشرب
على اللهو ولا شارب خمر بدون اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث
غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب
بالطنبور وهو المغني ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ولا من ياتي بابا
من الكباير التي يتعلق به الحد للفسق ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام
او من ياكل الربوا او المقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكباير وكذلك من يفوته الصلوة
للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا
وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجوا عن مباشرة العقود
الفاسدة وكل ذلك ربوا ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق
لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا يقبل شهادة من يظهر
سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه ويقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي
رحمه الله لا يقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به
فيمتنع عن الكذب فصار كمن شرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من
حيث التعاطي اما العداوة ان كانت لامر ديني فهو غير مانعة لا بيناه وان كانت لامر دنياوي
وهي ظاهرة في تهمة لظهور الفسق اما الخطابية فهم من غلاة الروافض ينسبون الى الخطاب
الكوفي يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن
التهمة في شهادتهم ويقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك
والشافعي رحمهما الله لا يقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره
ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه اجاز شهادة
النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة
على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور
الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة

اليه لانه

اليه لانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملك الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول
ولا يقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من
اهل دارنا وهو اعلى حالا منه ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي و
يقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم
والترك لا يقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من
اهل دارنا ولا كذلك المستامن وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكباير
قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكباير
كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة ولا ترد
الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق وتقبل
شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا
والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي لانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت
يده وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك رحمه الله لا يقبل في الزنا
لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل وشهادة
الخنثى جايزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص وشهادة العمال جايزة والمراد
عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل
العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه يقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة
واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جايز استحسانا وان انكر الوصي
وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت وللميت
عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود
المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف
فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا
اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا

اولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت
عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت
باعترافهما في حقهما وان شهد الاثنان ان اباهما الغايب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل
او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما
وهي غير موجبة لمكان التهمة ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل
تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة
الاشاعة فانها حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا
على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي
استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم
في اثباته لان المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم
ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت
الجرح بناء عليه لانه تعلق به تمام الحد ومورد الشهادة وكذا لو اقامها اني صالحت الشهود على
كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك
المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك
المدعي تقبل ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى
قوله اوهمت اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد
قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط
ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا
اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون
عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد

شرط

شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها ويعتبر اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالالف والاخر بالالفين لم تقبل الشهادة
عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه
دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا
وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل
هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال
ولو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف
لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على
الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والخمسون بخلاف
العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان كان المدعي لم يكن الا
الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا
اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل
حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتوفيق واذا شهدا بالف
وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما على الالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه
لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان
لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان
شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جايزة على القرض لاتفاقهما
عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يقبل وهو قول زفر
رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض
ومثله لا يمنع القبول واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم
النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتان لان احديهما كاذبة وليست احديهما اولى من

فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها
فلا تنتقض بالثانية واذا شهد على رجل انه سرق بقرة واختلفا فى لونها قطع وان قالا
بقرة وقال الاخر ثور لم يقطع وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع فى الوجهين جميعا
وقيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا فى السواد والبياض وقيل الاختلاف
فى جميع الالوان لهما ان السرقة فى السوداء غيرها فى البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب
الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق
ممكن لان التحمل فى الليالى من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب
وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا الاخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار
على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان فى واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا

ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشتراه عبد فلان بالف وخمسمائة
فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف
المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعى يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعى
هو البائع ولا فرق بين ان يدعى المدعى اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان
المقصود هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح
عن دم العمد ان كان المدعى هو المراة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة
ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه
لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن
اذا كان المدعى هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى
وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفى الاجارة ان كان ذلك فى اول المدة فهو
نظير البيع استحسانا وان كان بعد مضى المدة والمدعى هو الاجر فهو دعوى الدين قال
فاما فى النكاح انه يجوز بالالف استحسانا وان بعد مضى المدة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هذا باطل فى النكاح ايضا وذكر فى الامالى قول ابى يوسف مع ابى حنيفة رحمهما الله لهما ان هذا

اختلاف

اختلاف فى العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابى حنيفة رحمه الله ان المال
فى النكاح تابع والاصل فيه الحل والاباحة والازدواج فى الملك ولا اختلاف فيما هو الاصل
فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوى دعوى اقل المالين
واكثرهما فى الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هى المدعية وفيما اذا كان المدعى
هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل

الخلاف فى الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل فى الشهادة

على الارث ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذى هى فى يده فانه
ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى
للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف
رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد فى حق العين حتى يجب الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل
للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام
ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله
وقد وجدت الشهادة على اليد فى مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائم مقام
يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل فان شهدوا انها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده جازت
الشهادة لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل
فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حى نشهد انها كانت فى يد
المدعى منذ اشهر لم تقبل وعن ابى يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها
كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعى وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهى متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر باعادة المجهول
بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد ولان يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به وليس الخبر كالمعاينة وان اقر بذلك
المدعى عليه دفعت الى المدعى لان الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه

انه اقر انه كان فى يد المدعى دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة
اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية
او من حيث ان فيها زيادة احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا يقبل فيما يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعى
رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا
كالمرأتين ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة
الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فيقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد
لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة وصفة الاشهاد
ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتى انى اشهد ان فلان ابن فلان اقر
عندى بكذا واشهدنى على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد
ان يشهد عند القاضى لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدنى على نفسه جاز لان من سمع اقرار
غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدنى
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر
شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن
قال اشهدنى فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتى لانه
لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا
فى الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو
حجة ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه
الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير

عليها عدة

عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابى يوسف رحمه الله انه ان كان فى مكان لو غدا لاداء
الشهادة لا يستطيع ان يبيت فى اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثانى
ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل
التزكية وكذا لو شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث
القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول فى حق نفسه
وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة فيه وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضى فى حالهم وهذا
عند ابى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم ينقلوا
الشهادة فلا تقبل ولابى يوسف رحمه الله ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم
واذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا وان انكر شهود الاصل الشهادة
لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد
رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة
وقالا لا ندرى اهى هذه ام لا فانه يقال للمدعى هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة
على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها
بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى لا بد من
آخرين يشهدان على ان المحدود بها فى يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة
فى الشهادة حدود ما فى يده وكذلك كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضى
بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو قالوا فى هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبها
الى فخذها وهى القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة العامة
وهى عامة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية
نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة
خاصة والى المحلة الكبيرة عامة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابى
حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه
اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى **فصل** قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره

في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس
فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى
والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه
وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم
ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا
والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا
هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر
عندهما ايضا والتعزير على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع
الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور
في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك واما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات
للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي
لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه
فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه
في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم
لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولا يصح
الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي
اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان
واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان
وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه
لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كما في حافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي

لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشر قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو
القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان
الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف
يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
في هذا ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق فان شهد
بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق
بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان النصف
اي نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف المال معناه نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت
امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل
بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمانية فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة
الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل
واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امرأتين قامت مقام رجل
قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما
اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق
على القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا فعلى الرجل النصف وعليهن النصف عندهما
وعنده عليهن ثلاثة الاخماس وعلى الرجل خمسان ولو رجع الرجل والمراة الواحدة منهن يجب الحق
كله على الرجل عندهما وعنده عليه وعلى الاخرى اثلاثا ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم وان شهد
شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر
مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما
يضمن ويتقوم بالملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج

امراة بعقد او مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض
كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا
باكثر من مهر مثلها ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا ببيع شيء بمثل
القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا
النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون في البيع باتا او فيه خيار البائع
لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم فان شهدا على رجل
انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى
انها لو طاوعت ابن زوجها او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ
فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما
وان كان بعد الدخول لم يضمنا وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية
العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء
وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص
منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة
لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر
حياته ظاهرا ولان الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة في القصاص بخلاف
المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة
في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود
الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل
فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد
رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان
القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم
حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء
وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع

لان القضاء

لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر
فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود
الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب
الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وان رجع المزكون
عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا
كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت
في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض واذا شهد شاهدان باليمين
وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف
يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود
الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل
الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة
بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله سبيله دفعا للحاجة وقد
صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن سلمة وتجوز الوكالة
بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات
وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما اسن عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها
الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها
تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف
غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل واحد
يحسن الاستيفاء فلو منع منه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا
وقول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وقيل مع ابي يوسف رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته
دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة

الانابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء وقال محمد رحمه الله
ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه
التوكيل في ساير الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي
حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة
عدم الامر به وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون
الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو
قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم ولهما ان التوكيل تصرف
في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم
ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه
كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق
عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت
المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها
لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء
استحسنه المتاخرون ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام
لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون
من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ
او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا
محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما
لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه
مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة
الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا
لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه

يتعلق

يتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين
كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي
تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار
كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام
وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه
لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق به ولهذا قال
في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم
في العيب ويخاصم لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل
السابق كالعبد يتهب ويصطاد وهو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل
نذكره ان شاء الله تعالى وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان
حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة
تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان
سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار اما الصلح الذي
هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع
والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير
فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان
التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه واذا طالب الموكل
المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد
فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل
اليه ولا فايدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عنده

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل
الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر
الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة
الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسع لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض
الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان
بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان
يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع
يقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا
فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه
ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والوسط جاز لانه جهالة مستدركة
ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لاخر اشتر لي ثوبا او
دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه
الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر
الامتثال وان سمى ثمن الدار او وصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع
الدابة بان قال حمارا او نحوه ومن دفع الى اخر عشرة دراهم فقال اشتر لي بها طعاما
فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل
اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا
بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة
وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق واذا اشترى الوكيل ثم اطلع

على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه
الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن
منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل
لا بعده ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل
بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن
لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض
ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان
كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض
وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في
الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم اليه المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه
ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه
هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله
ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان
الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا
بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك
كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمهما الله
وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن
فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل
كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين
رطلا بدرهم من لحم يباع عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة
وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهما الله ومحمد لم يذكر الخلاف

في الاصل لابي يوسف رحمه الله انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال
بدرهم فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين
ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه
وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل
فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا للنفس
بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ولو وكله بشراء
شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر من حيث اعتمد عليه ولان
فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه
او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك
للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل
الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه من مال الموكل قال رضي الله عنه هذه
المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه
من مال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه
الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة
العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر
وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم
النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله
هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله
يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه
ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه ومن امر رجلا بشراء عبد بالف وقال قد فعلت
ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر وان كان دفع اليه الالف فالقول

قول المامور

قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو منكر والقول
للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا
حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول
للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان
الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه
ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر
عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه بمثل ذلك الثمن
في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لآخر بعني هذا العبد
لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار
اللاحق وان قال فلان لم آمره به لم يكن له اخذه لان الاقرار يرتد برده الا ان يسلمه المشتري له
فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه
المشتري له ودلت المسئلة ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق
في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين
باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في
البيع الا فيما يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى
باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا
بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت
الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان
شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة
والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن
الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف

وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل الآمر ومن
له على آخر الف فامره ان يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البايع
ولو عين البايع يجوز على ما نذكر ان شاء الله وان امره ان يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه
فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشترى وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه ويصرف
ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا الا يرى انه لو
تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح
التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله انها تتعين في الوكالة بالعين منهما
او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك
الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير
المشترى او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من
شئت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره
بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك من
ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشترى بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده
اذا كانت تساوى الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن الامانة والآمر يدعى عليه ضمان
خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية
تساوى خمسمائة والامر تناول ما تساوى الفا فيضمن وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول
الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان
لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البايع والمشترى وقد وقع الاختلاف في الثمن
وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المامور ولو امره ان يشترى له هذا
العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع
المامور فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو

حاضر

حاضر وفي المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين
التحالف وهو يمين البايع والبايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ
لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا
فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور
سفير عنه اذ لا يرجع اليه الحقوق فصار كانه اشترى لنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين
للمولى فهو عبد للمشترى لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها
بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى
لانه كسب عبده وعلى المشترى الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف
الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين
المطالبة يتوجه نحو العاقد اما ههنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه
لا يرضى به ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك
البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه
فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء
معين لكنه يملك الشراء لنفسه بالاتيان اذا خالف وقد خالف العبد الامر ولكنه بجنس تصرف آخر وفي
مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق
يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك
متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا حق المولى

حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا
موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه
والاجارة والصرف على هذا الخلاف والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر
يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواضعها والمتعارف البيع بمثل
الثمن وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع
بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله
مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع
بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة
على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع
يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة
شراء من كل وجه بيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل
القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة
فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء
بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة
باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة
ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد والذي لا يتغابن في مثله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين
وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده لان التصرف يكثر
وجوده في الاول ويقل في الآخر ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف واذا وكله
ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع
الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه
غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي

قبل نقض

قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا
استحسان عندهما فاذا وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى
باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة
فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ
على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر
ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير
فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض
فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده
على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ
البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن
وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع
والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة
وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل
مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فيلزم الآمر فان كان ذلك باقرار
لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان
له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث
مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن
حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار يلزم الموكل
من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق
في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية
باطول من هذا ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل

شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اى اجل كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبد فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراى كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما لا براى احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراى في الزيادة واختيار المشتري الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والراى يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته لان بموت الاول قد مر نظيره في ادب القاضي فان وكل بغير اذن الموكل فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور راى الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رايه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا

لو باع

لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رايه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراى يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن واذا زوج المكاتب والعبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك ولان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم يستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اقامت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها

اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة
والرجوع في الهبة والوكيل بالشرا لا يكون والقسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة
حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشرا لا يكون خصما
قبل مباشرة الشرا وهذا لان المبادلة يقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها
والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل
باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغايب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان
البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل
في القبض فيقتصر يده حتى لو حضر البايع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان
الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك
ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل
في قصر يده حتى يحضر الغايب استحسانا دون العتق والطلاق واذا اقر الوكيل بالخصومة
على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عند
محمد رحمه الله استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اقراره عليه
وان اقر في غير مجلس القضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول
ابي يوسف رحمه الله اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده
لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابرا ويصح اذا استثنى
الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى
فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا
وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى
فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه
لا يملكه وعن محمد رحمه الله انه يجوز اي يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند
الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الطالب لكونه

مجبورا

مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رحمه الله ان الوكيل قايم مقام الموكل
واقراره لا يختص بمجلس القضا فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى
خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضا خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة
الخصومة او لانه سببه لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضا فيختص
به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضا يخرج من الوكالة حتى لا يومر بدفع المال اليه
لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضا لا يصح ولا يدفع المال اليهما
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل
من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابرا ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة
لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا لنفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون
اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرما ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد
كان باطلا لما بيناه ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين
اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم
الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفا حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الادا
ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض
قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم
في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون
عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان
ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع
رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه
كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المودى صار حقا للغايب اما ظاهرا او
محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع ياس عن غرضه ومن قال اني وكيل

بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين على ما مر
فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه
لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها
وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا
يصدقان في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ويتبع
رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب فان وكله بعيب في
الجارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين
لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وفي الثانية غير
ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه
ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على
هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي
يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى
البائع فينتظر للنظر ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده
فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه من قبل فهذا كذلك وقيل
هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء
فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير
بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة
التي تضمنها عقد الرهن فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل
اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم
المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد
والعدالة في المخبر فلا نعيده ويبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار
الحرب

الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتداء فلا بد من قيام الامر وقد بطل
بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر
عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به خمس
الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة
عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته
نافذة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان
الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر
في عقودها على ما عرف واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه
الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة تعتمد قيام الامر وقد بطل
بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكالة
بالبيع اذا باعه الموكل واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد
جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه
وهذا عند محمد رحمه الله فاما عند ابي يوسف رحمه الله لا يعود الوكالة لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه
رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال
العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل
التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الوكالة فلا يعود كملكه
في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا يعود الوكالة في الظاهر
وعن محمد رحمه الله انه يعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل
على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف
بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته
فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق
فطلقها ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على

الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان تزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاضي فعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل ان يبيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فان عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما تبتني عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ولكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصورة والمباني فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين

وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به واذا صحت الدعوى سال الحاكم المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السوال ليمكنه الاستحلاف فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف رحمهما الله

فيما ذكر الخصاف وهو الى حسبه رحمه الله فيما ذكر الطحاوي رحمه الله ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين
وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة
الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى
الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا
ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ
اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه
الولاء الثابت بهما واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه
وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول
يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن اليمين الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب
حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب او دفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب
ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان
حلفت والا قضيت بما ادعاه وهذا الانذار للاعلام بالحكم اذ هو موضع الخفاء واذا كرر عليه
العرض ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة
في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول
اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول
اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق
والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقالا رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا
في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني
وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان
النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمنا فكان اقرارا او بدلا عنه

والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا
يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء
بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة
اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع
وامر المال هين ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان وعمل
فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان واذا ادعت المرأة طلاقا
قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري
في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق
لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا
كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق
وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق المراة لان
دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد
استحلف بالاجماع فان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس
حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش
فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا
اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف النفس
فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة
وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما ذكرنا في القسامة واذا قال المدعي لي
بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة
بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان

فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ابن عمران ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احدا الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رحمه الله لان ذكر النار مع اسم الله تعالى

تعظيما

تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابيين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا بمكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الآن بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقتها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على المسلم ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالح منها على عشرة فهو جايز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

اذا اختلف المتبايعان فی البيع فادعی احدهما ثمنا وادعی البايع اکثر منه او اعترف البايع بقدر
من المبيع وادعی المشتری اکثر منه فاقام احدهما البينة قضی له بها لان فی الجانب الاخر مجرد الدعوی
والبينة اقوی منها وان اقام کل واحد منهما بينة کانت بينة المثبتة للزيادة اولی لان البينات
للاثبات ولا تعارض فی الزيادة ولو کان الاختلاف فی الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع
اولی فی الثمن وبينة المشتری اولی فی المبيع نظرا الی زيادة الاثبات وان لم يکن لکل واحد
منهما بينة قيل للمشتری اما ان ترضی بالثمن الذی ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع
اما ان ترضی بتسليم المبيع الذی ادعاه المشتری والا فسخنا البيع ان تسلم ما ادعاه المشتری
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ
فاذا علما به يتراضيان وان لم يتراضيا استحلف الحاکم کل واحد منهما علی دعوی الاخر وهذا التحالف
قبل القبض علی وفاق القياس لان البايع يدعی زيادة الثمن والمشتری ينکره والمشتری يدعی
وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينکره فکل واحد منهما منکر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتری لا يدعی شيئا لان المبيع سالم له بقی دعوی البايع فی زيادة الثمن والمشتری
ينکره فيکتفی بحلفه لکنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشتری وهذا قول محمد وابی يوسف اخرا وهو رواية عن
ابی حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتری اشدهما انکارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه
يتعجل فايدة النکول وهو الزام الثمن ولو بدا بيمين البايع يتاخر المطالبة بتسليم المبيع
الی زمان استيفاء الثمن وکان ابو يوسف يقول اولا يبدا بيمين البايع لقوله عليه السلام اذا
اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذکر واقل فايدته التقديم وان کان
بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضی بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البايع
بالله ما باعه بالف ويحلف المشتری بالله ما اشتراه بالفين وقال فی الزيادات يحلف
بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتری بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه
بالف يضم الاثبات الی النفی تاکيدا والاصح الاقتصار علی النفی لان الايمان علی ذلک وضعت
دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فان حلفا فسخ القاضی البيع بينهما

وهذا يدل علی انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه کل واحد منهما فيبقی بيع مجهول فيفسخه
القاضی قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقی بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ
فی فاسد البيع فان نکل احدهما عن اليمين لزمه دعوی الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا
لدعوی الاخر فلزم القول بثبوته واذا اختلفا فی الاجل او فی شرط الخيار او فی استيفاء بعض
الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف فی غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
فی الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فی وصف الثمن
وجنسه حيث يکون بمنزلة الاختلاف فی القدر فی جريان التحالف لان ذلک يرجع الی نفس
الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا کذلک الاجل لانه ليس بوصف الا تری ان الثمن موجود
بعد مضيه والقول قول من ينکر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط
والقول لمنکر العوارض فان هلک المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابی حنيفة وابی يوسف رحمهما الله
والقول قول المشتری وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع علی قيمة الهالک وهو قول
الشافعی رحمه الله وعلی هذا اذا خرج المبيع عن ملکه او صار بحال لا يقدر علی رده بالعيب لهما
ان کل واحد منهما يدعی غير العقد الذی يدعيه صاحبه والاخر ينکره وانه يفيد دفع زيادة الثمن
فيتحالفان کما اذا اختلفا فی جنس الثمن بعد هلاک السلعة ولابی حنيفة وابی يوسف رحمهما الله
ان التحالف بعد القبض علی خلاف القياس لما انه سلم للمشتری ما يدعيه وقد ورد الشرع
به فی حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضی الی الفسخ ولا کذلک بعد هلاکها لارتفاع العقد
فلم يکن فی معناه ولانه لا يبالی بالاختلاف فی السبب بعد حصول المقصود وانما يراعی
من الفايدة ما يوجبه العقد وفايدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا کان
الثمن دينا فان کان عينا يتحالفان لان المبيع فی احد الجانبين قايم فيوفر فايدة الفسخ
ثم يرد مثل الهالک ان کان له مثل او قيمته ان لم يکن له مثل فان هلک احد العبدين
ثم اختلفا فی الثمن لم يتحالفا عند ابی حنيفة رحمه الله الا ان يرضی البايع ان يترک حصة
الهالک وفی الجامع الصغير القول قول المشتری مع يمينه عند ابی حنيفة رحمه الله الا ان يشاء
البايع ان ياخذ الحی ولا شیء له وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان فی الحی ويفسخ العقد

في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحي
وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف
رحمه الله أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف
القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولأنه
لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف
بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك
حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد
فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا
وقالوا إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك
شيئا أصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ
الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ
البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه
في القائم وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر
القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله والصحيح
أن يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف
يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن
حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر
قيمتهما في الانقسام يوم القبض وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع
وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن أقاما فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل
اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط
عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن
الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره
والقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة

في قيمة

في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو أن في الأيمان يعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين
وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر لأن
الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل
بينته أيضا ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وبهذا يتبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف
رحمه الله ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع
الأول ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين
وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس
الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه المشتري
ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد
لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل
النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ألا ترى أن رأس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك
في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه
تزوجها بألف وقالت المرأة تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة
وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه إذا كان مهر مثلها أقل
مما ادعته المرأة وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لأن أثر
التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم
التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج
أو أقل قضي بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر
قضي بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة
قضي لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه
ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية

وسقوط اعتبارهما بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تمليكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اذا اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤاجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة يقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه ينعقد دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره

فيتحالفان

فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للزوج او للرجل او ورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى

لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا
بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان
الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا يندفع عنه الخصومة لان
المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال
لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه
لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن
للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه
فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني واعتبره ابو حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ان العين وصل
اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الوجه الاول اى الفصل الاول
فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اخل
شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة وان قال ابتعته من
الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته
مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى
الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه
على غير ذي اليد ويصح دعواه على دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب
مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو
الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال
سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان
وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل
الملك لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم
البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه

الرجلان واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها
بينهما وقال الشافعي رحمه الله تهاترت البينتان وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى
القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما
نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما
محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما
امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينتصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق فاذا ادعى
كل واحد منهما نكاح امراة واقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان
المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت
لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة
اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضي بها القاضي له
ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما
هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطا في الاول بيقين وكذا اذا
كانت المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق ولو ادعى اثنان
كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار
ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين
لاستوائهما بالسبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين
ويخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن
وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا
عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال
ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر

كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشرا في زمان لاينازعه فيه احد فاندفع الآخر به
ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى
ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض
اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراه كان قبل شرا صاحب
اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شرا والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما
البينة ولا تاريخ معهما فالشرى اولى لان الشرا اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشرا والصدقة مع القبض لما بينا والهبة
مع القبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى
المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمل عند البعض
لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين
على الارتهان وهذا اصح واذا ادعى احدهما الشرا وادعت امراة انه تزوجها عليه فهما سواء
لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشرا اولى وعلى الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشرا اذ
التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه واذا ادعى احدهما رهنا
وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى
لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته ووجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم
الهبة غير مضمون وعقد الضمان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من
الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة
فكذلك الهبة بشرط العوض فان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم
اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال وان ادعيا
الشرا من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا
انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من آخر وذكرا تاريخا

فهما سواء

فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل
ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على
تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شرا غيره ولو ادعى
احدهما الشرا من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينة على ملك مطلق واذا اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على
اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد رحمهم الله وعنه انه
لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على ملك مطلق ولم يتعرضا لجهة الملك
فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد
على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج
وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احديهما دون الآخر فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم
فصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد
انما تقبل لتضمنه معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا
اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى لانه دعوى اولية
الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف رحمه الله ان
التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين
ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضامه عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة
على ملك مطلق بخلاف الشرا لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب
صاحب التاريخ وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد

اولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد فيقضى له
وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده
لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو
بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج
فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي
من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج
لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج
يقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة
كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ
الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو
مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم
اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر
النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة
على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه
وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين
ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع
القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان
في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على
الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن
القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت

البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من
كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان
بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف
الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب
اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار
عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا
يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى
للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب
آخر وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة
تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف واذا كان دار
في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف
لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فتنصف بينهما وقالا
هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب
النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد
ذكرناها في الزيادات ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها
لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه
لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء
بدون الدعوى فيترك في يده واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت
عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح
وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن
الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك
في يد من كان في يده واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر

بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه
اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى
بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه
حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر
متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا وان كان
ثوب في يد رجل وطرفه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب
زيادة في الاستحقاق واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله
لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق
وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها فهو بمنزلة
متاع بخلاف ما اذا كان يعبر عن نفسه ولو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق
عليه في حال صغره واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب
الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب
تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة
لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان
بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر
بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع
جذوعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل
على قدر خشبهما والقياس ان يكون نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني
ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع

دون

دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان
الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول اولى
لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الاول ان
الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى
للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني رحمهم الله واذا كان
دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما
في استعمالها وهو المرور فيها واذا ادعى رجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده
لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها
وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة
لان اليد حق مقصود فلا يستحق احدهما الا بحجة لعلها لغيرهما وان اقاما البينة جعلت في
ايديهما لما بينا فلا يستحق احدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر
فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع
فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة
لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان
ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب
على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع
ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان
ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت
العلوق وهذه دعوة الاستيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة
البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري
فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به

لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه
المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه
يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال
العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت
الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك
فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة
اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات
التبع انما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله
عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد
الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه
تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري
وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها
فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه
بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان
الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة
والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس
من ضروراته كما في الولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي
الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه
لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت
من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به
بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل
الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر

ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله
فينتقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها
ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق
والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب
البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ومن ادعى نسب احد التوامين
يثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا لان
التوامين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه
لا حبل اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع
احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده انه ابنه ثبت نسبهما وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت
نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل
فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشتري وشراءه
لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا
لحق دعوة البايع وههنا يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق
في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محل ولايته واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عبدي فلان الغايب
ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
رحمهما الله اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه
ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب
يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر
المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف
ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق
به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان
له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد

بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب ولد صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه
لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به
حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل
باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف
ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله
فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني
وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه
ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم
بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة
فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها
حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل
النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة
كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي
عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي
حنيفة رحمه الله وقد مر في الطلاق وان لم يكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها
لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو
ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما
فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما
لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق
عليه وهذا نظير ثوب في يد رجلين اي في بين رجلين يدعي كل واحد منهما هو بيني وبين
رجل آخر غير صاحبي اي غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية

فولدت

فولدت عنده ولدا فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور
من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح وتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع
الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه
نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة
ولهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام
المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه
فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته
ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له السلامة
كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما
قال رضي الله عنه اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى
كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة
باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح
اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور
عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح اقراره بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق
الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف العبد المأذون لانه مسلط عليه
من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام
اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به
لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة
لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح
به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل

من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه
اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا والقول
قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان على حق لما بينا
وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال حتى لو بين في صبي احر والزوجة لا يصح
وقيل يصح والاول اصح ولا بد من ان يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او قطرة ماء لا يصح
والتعويل في الكل على العادة ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع
تعويلا على العادة ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في
الكثير والقليل لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه
لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف
فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس
وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث
حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال مال عظيم من الدراهم اما
اذا قال من الدنانير لم يصدق في اقل من عشرين ولو قال من الابل لم يصدق في اقل من
خمسة وعشرين لانه ادنى مبلغ يجب الواجب فيها من جنسها ولو قال من الحنطة لم يصدق
في اقل من خمسة اوسق فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه في نصاب
يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير
بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة
دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب
النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي
اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ
فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلاثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لانه
يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما

لانه ذكر

لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا
درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل
ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير
للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون
وان ربع تزاد عليها الف لان ذلك نظيره وان قال له على او قبلي فقد اقر بالدين لان على
صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل
صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا
قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار
قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال
عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار
بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما ولو قال له رجل لي عليك
الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول
والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك حتى لو لم يذكر حرف
الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء
يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك
يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين ومن اقر بدين
مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال
وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود
لانها صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه
واليمين على المنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه
ثوب واحد والمرجع الى تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة
مبهمة والدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في
الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا

بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في
الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي
على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر
عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما
في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره
في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو
مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف
ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر
بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون في الغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم
لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان
الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان
قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب
في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة
اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله احد عشر ثوبا لان النفيس من
الثياب يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رحمه الله ان حرف في يستعمل للبين
والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي وادخلي جنتي اي بين عبادي فوقع الشك
والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فيتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا
ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال
وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة
لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى
عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه
العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان و

ولو قال

ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء
وقد مرت المسألة بالدلائل في الطلاق

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف
درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت
الملك ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال
للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني
لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان
الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله ان
الاقرار مطلق ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد
المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره لان
له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط
لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود صيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا
الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة
عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان
استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا
حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم
الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء
وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما لولاه
لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث
المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل
والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة

وما يكون ثمنا صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح
مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره
لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل و
ان كانت الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه
كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر
او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل
يكون المال حالا ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل
في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل
فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة
دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة
ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له على الف
درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد
وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم
العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك
ما بعتك وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد
سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه
ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك اني بعتك
غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره
والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف
ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال
رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة
كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك

البيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك
من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه
وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر
ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب
مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال
ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف
الاقرار بوجوب الثمن وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على الف
درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع
لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه
بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا
ابطال ولو قال له على الف من ثمن متاع او اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة
وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ان قال موصولا يصدق
وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال
الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير
فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة
بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا
انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري
بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف
لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية
لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير

رواية الاصول فى القرض انه يصدق فى الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون
زيفا كما فى الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان على الف
درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق
لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال غصبت
منه الفا او قال اودعنى ثم قال هى زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد
ويودع ما يملك فلا مقتضى له فى الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء
راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا
اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هى ستوقة او رصاص بعدما
اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم
لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال فى هذا كله الفا
ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء
يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظى
كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب
ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك
الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة
فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان فى الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو
الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفى الثانى اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعى عليه سبب
الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال
قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى
ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك
وديعة وقال الآخر لا بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك
على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا وان
قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فاخذتها فقال فلان هى لى فانه ياخذها لانه اقر

باليد له

باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها
وردها او قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله القول قول الذى اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة
والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب
ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح وجه القياس ما بيناه فى الوديعة وجه الاستحسان وهو
الفرق ان اليد فى الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع
فتكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها
فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر
ان فى الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله فى
كيفيته ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه
حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة
وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب
الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال قبضت من فلان الف درهم كانت لى عليه او اقرضته
الفا ثم اخذتها منه فانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك
انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه
من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا
ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد
المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لى استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر
لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما اذا قال خاط لى
الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه
اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر بان يكون فى بيته كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعى رحمه الله دين الصحة

ودينٌ يستويان لاستوا سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقلٍ ومحلُ الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كما اذا ثبت بالمعاينة (?) التصرف مبايعةً ومناكحةً ولنا ان الاقرار لا يُعتبر دليلا اذا كان فيه ابطالُ حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لانّ حق غرماء الصحة تعلّق بهذا المال استيفاءً ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لانّ حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالةٌ واحدةٌ لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاول حالُ اطلاق وهذه حالةُ عجزٍ فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مردّ له وذلك مثل بدل مالٍ ملكه واستهلكه وعُلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراةً بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدّم احدهما على الآخر لما بيّنا ولو اقر بعينٍ في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطالَ حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد عُلم بالبيّنة فاذا قُضيت يعني الديون المقدّمة وفضل شيء يُصرف الى ما اقرّ به في حال المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رُدّ في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته وان لم يكن عليه ديونٌ في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطالَ حق غيره وكان المقَرّ له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدينٍ جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدّم حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدّقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار حقٍ ثابتٍ لترجيح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبيٍ وبوارثٍ آخر وبوديعةٍ مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارثٍ ولا اقرار له بالدين ولانه تعلّق حقُ الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطالُ حق الباقين ولانّ حالة المرض حالةُ الاستغناء والقرابةُ سببُ التعلق الا انّ هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناسُ عن المعاملة معه وقلّ ما يقع المعاملةُ مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار لوارثٍ آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدّقوه فقد ابطلوه فصحّ اقراره وان اقرّ لاجنبيٍ جاز وان احاط بماله لما بيّنا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث بعد الدين لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انّا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل ومن اقرّ لاجنبيٍ ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقرّ لاجنبيةٍ ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق انّ دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبيّن انه اقرّ لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبيةٍ ومن طلّق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقرّ لها بدينٍ فلها الاقل من ذلك الدين ومن ميراثها لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدودٌ للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادةً على ميراثها ولا تهمةَ في اقل الامرين فيثبت

فصل ومن اقرّ بغلامٍ يولد مثله لمثله وليس له نسبٌ معروفٌ انه ابنه وصدّقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصةً فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذَّبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسبٌ معروفٌ لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة وضعها في غلامٍ يُعبّر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مرّ من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثةَ في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير وتقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بيّنا ولا تقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدّقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلةٌ لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مرّ في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بدّ من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باقٍ وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله

لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة
الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير
الوالدين نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره فى النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له
وارث معروف قريب وبعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم
الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف فى مال
نفسه عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصى بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه
من حمل النسب على الغير وليس هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله
كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر
فى مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى
له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار
قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه فى الارث لان اقراره
تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشترى اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل
فى حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه
قد قبض منها خمسين لا شئ للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو مذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم
على المقر فيؤدى الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام
كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعى رحمه الله
لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع
حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا

مانلونا

مانلونا واول ما رويناه وتاويل آخره احل حراما بعينه كالخمر او حرم حلالا بعينه كالصلح على ان
لا يطا الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى ياخذه عوضا عن حقه
فى زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا والمال وقاية
الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر
فى البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين
بتراضيهما فيجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط
ويفسده جهالة البدل لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط
ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك
المنافع بمال والاعتبار فى العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما
فى المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع
الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف
حكم الاقالة فى حق المتعاقدين وغيرهما وهذا فى الانكار ظاهر وكذا فى السكوت لانه يحتمل الاقرار
والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان
عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى
لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى ياخذها عوضا عن
المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه وان كان
الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض
الا لدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض فى يده
غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه
خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه باقرار رجع بكل المصالح
عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع المدعى

الى الدعوى ح

فی کله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لانّ المبدل فیه هو الدعوی وهذا بخلاف ما اذا باع
علی الانکار شیئا حیث یرجع بالمدّعی لانّ الاقدام علی البیع اقرار منه بالحق له ولا کذلک الصلح
لانه قد یقع لدفع الخصومة ولو هلک بدل الصلح قبل التسلیم فالجواب فیه کالجواب فی الاستحقاق فی
الفصلین وان ادّعی حقا فی دار لم یبیّنه فصولح من ذلک ثم استحق بعض الدار لم یرد شیئا من
العوض لانّ دعواه یجوز ان یکون فیما بقی بخلاف ما اذا استحق کله لانه یعری العوض عند ذلک
عن شیء یقابله فیرجع بکله علی ما قدمناه فی البیوع ولو ادّعی دارا فصالح علی قطعة منها لم یصح
الصلح لانّ ما قبضه من عین حقه وهو علی دعواه فی الباقی والوجه فیه احد الامرین اما ان یزید
درهما فی بدل الصلح فیصیر ذلک عوضا عن حقه فیما بقی او یلحق به ذکر البراءة عن دعوی الباقی

فصل

والصلح جایز عن دعوی الاموال لانه فی معنی البیع علی ما مرّ والمنافع لانها
تملک بعقد الاجارة فکذا بالصلح والاصل ان الصلح یجب حمله علی اقرب العقود الیه واشبهها
به احتیالا لتصحیح تصرف العاقل ما امکن ویصح عن جنایة العمد والخطاء اما الاول
فلقوله تعالی فمن عفی له من اخیه شیء الآیة قال ابن عباس رضی الله عنهما انها نزلت فی الصلح
وهو بمنزلة النکاح حتی ان ما صلح مسمی فیه صلح ههنا اذ کل واحد منهما مبادلة المال بغیر
المال الا ان عند فساد التسمیة ههنا یصار الی الدیة لانه موجب الدم ولو صالح علی خمر لا یجب
شیء لانه لا یجب بمطلق العفو وفی النکاح یجب مهر المثل فی الفصلین لانه الموجب الاصلی
ویجب مع السکوت عنه حکما ویدخل فی اطلاق جواب الکتاب الجنایة فی النفس وما دونه وهذا
بخلاف الصلح عن حق الشفعة علی مال حیث لا یصح لانه ای التملک ولا حق فی المحل قبل التملک
اما القصاص فملک المحل فی حق الفعل فیصح الاعتیاض عنه واذا لم یصح الصلح بطلت الشفعة
لانها تبطل بالاعراض والسکوت والکفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتی لا یجب المال
بالصلح عنه غیر ان فی بطلان الکفالة روایتین علی ما عرف فی موضعه واما الثانی وهو جنایة
الخطاء فلان موجبها المال فیصیر بمنزلة البیع الا انه لا یصح الزیادة علی قدر الدیة لانه
مقدر شرعا فلا یجوز ابطاله فیرد الزیادة بخلاف الصلح عن القصاص حیث تجوز الزیادة
علی قدر الدیة لانّ القصاص لیس بمال وانما یتقوّم بالعقد وهذا اذا صالح علی احد مقادیر

الدیة اما اذا صالح علی غیر ذلک جاز لانه مبادلة بها الا انه یشترط القبض فی المجلس کیلا یکون
افتراقا عن دین بدین ولو قضی القاضی احد مقادیرها فصالح علی جنس آخر منها بالزیادة
جاز لانه تعین الحق بالقضاء فکان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لانّ تراضیهما علی بعض
المقادیر بمنزلة القضاء فی حق التعیین فلا یجوز الزیادة علی ما تعیّن قال ولا یجوز من دعوی
حدّ لانه حق الله تعالی لا حقه ولا یجوز الاعتیاض عن حق غیره ولهذا لا یجوز الاعتیاض اذا
ادّعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وکذا لا یجوز الصلح عما اشرعه الی طریق العامة
فلا یجوز ان یصالح واحد علی الانفراد عنه ویدخل فی اطلاق الجواب حد القذف لانّ المغلب
فیه حق الشرع قال واذا ادّعی رجل علی امرأة نکاحا وهی تجحد فصالحته علی مال بذلته
حتی یترک الدعوی جاز وکان فی معنی الخلع لانه امکن تصحیحه خلعا فی جانبه بناء علی زعمه
وفی جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا یحل له ان یاخذ فیما بینه وبین الله تعالی اذا
کان مبطلا فی دعواه قال واذا ادّعت امرأة نکاحا علی رجل فصالحها علی مال بذله
لها جاز هکذا ذکر فی بعض نسخ المختصر وفی بعضها قال لم یجز وجه الاول ان یجعل زیادة
فی مهرها وجه الآخر انه بذل لها المال لترک الدعوی فان جعل ترک الدعوی منها فرقة فالزوج
لا یعطی العوض فی الفرقة فان لم یجعل فالحال علی ما کان علیه قبل الدعوی فلا شیء یقابله
العوض فلم یصح قال واذا ادّعی علی رجل انه عبده فصالحه علی مال اعطاه جاز وکان
فی حق المدعی بمنزلة الاعتاق علی مال لانه امکن تصحیحه علی هذا الوجه فی حقه ولهذا
یصح علی حیوان فی ذمته الی اجل وفی حق المدعی علیه یکون لدفع الخصومة لانه یزعم انه حر
الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانکار العبد الا ان یقیم البینة فیقبل ویثبت الولاء قال
وان قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم یجز له ان یصالح عن نفسه وان قتل عبد له
رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته لیست من تجارته ولهذا لا یملک التصرف فیها بیعا
فکذا استخلاصا وهذا لانه مال المولی وصار کالاجنبی اما عبده من تجارته وتصرفه فیه نافذ بیعا
فکذا استخلاصا وهذا لانّ المستحق کالزایل عن ملکه وهذا شراؤه فیملکه قال ومن غصب
ثوبا یهودیا قیمته دون المائة فاستهلکه فصالحه منه علی مائة درهم جاز عند ابی حنیفة رحمه الله

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها يكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا تظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال فان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعا عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعا وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا او منكرا وكذا ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح ولزمه تسليمه وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له

فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعا عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعا عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز فكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الف بيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر

صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي
فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر
الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بري من الفضل ففعل فهو بري فان لم يدفع
اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود
عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء
لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا
بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة
في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة
فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا
لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة و
ستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرنا والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بري من
الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه
اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني
الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء
الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد
بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا
يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فلا يثبت الاطلاق
بالشرط فلم يفترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بري من الفضل ولم يوقت
للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لم يوقت
للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل
يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس
اذا قال ان اديت خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح

الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيه معنى التمليك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر
لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى
المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل

في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على
ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف
الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض
احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين
باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد
وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد
قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون
واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كانت صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة
المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه
باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق
المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك ولو استوفى نصف نصيبه من الدين
كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في
المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه
ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف
الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا
ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين
وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض
لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم فلم يكن راضيا قال ولو وقعت المقاصة

بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاضٍ بنصيبه لا مقتضٍ فلو ابرأه عن نصيبه فكذلك
لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر
احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما رحمهما الله
لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا
وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد
واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بساير الديون وبما اذا اشتريا عبدا
فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز
في نصيبهما لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد
والعقد قائم بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع
المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا وهذا اذا خلطا راس المال
فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها
بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن
تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن
عوف رضي الله عنهم عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه
ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر
التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض
لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة
فلا ينوب عن قبض الصلح واذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد
ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية
التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف

في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم
ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس
كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف وان كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح
على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه
الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح
فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى
ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في
التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل
يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل
لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا يفضي الى المنازعة لقيام
المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كانت على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح والقسمة
لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه
فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا يجوز استحسانا وتجوز
قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله
وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين المهتدي
في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي
والذكي والفقير والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت
به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه
البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا
من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا
لوجود التعدي منه على مال غيره والمضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة

فی الربح وهو یستحق بالمال من احد الجانبین والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها
الا یری ان الربح لو شرط کله لرب المال کان بضاعة ولو شرط جمیعه للمضارب کان قرضا
قال ولا یصح الا بالمال الذی یصح به الشرکة وقد تقدم بیانه من قبل ولو دفع الیه عرضا
وقال بعه واعمل مضاربة فی ثمنه جاز لانه یقبل الاضافة من حیث انه توکیل واجارة فلا مانع
من الصحة وکذا اذا قال له اقبض مالی علی فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما
اذا قال اعمل بالدین الذی فی ذمتک حیث لا تصح المضاربة لان عند ابی حنیفة رحمه الله لا یصح هذا
التوکیل علی ما مر فی البیوع وعندهما یصح لکن یقع الملک فی المشتری للآمر فیصیر مضاربة بالعرض
قال ومن شرطها ان یکون الربح بینهما مشاعا لا یستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط
ذلک یقطع الشرکة بینهما ولا بد منها کما فی عقد الشرکة قال فان شرط زیادة عشرة فله اجر
مثله لفساده فلعله لا یربح الا هذا القدر فینقطع الشرکة فی الربح وهذا لانه ابتغی عن منافعه
عوضا ولم ینل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملکه وهذا هو الحکم فی کل موضع لم یصح
المضاربة ولا یجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابی یوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله کما بینا فی الشرکة
ویجب الاجر وان لم یربح فی روایة الاصل لان اجر الاجیر یجب بتسلیم المنافع او العمل وقد وجد
وعن ابی یوسف رحمه الله انه لا یجب اعتبارا بالمضاربة الصحیحة مع انها فوقها والمال فی المضاربة
الفاسدة غیر مضمون بالهلاک اعتبارا بالصحیحة ولانه عین مستاجر فی یده وکل شرط یوجب
جهالة فی الربح یفسده لاختلاف مقصوده وغیر ذلک من الشروط الفاسدة لا یفسدها ویبطل الشرط
کاشتراط الوضیعة علی المضارب قال ولا بد ان یکون المال مسلما الی المضارب ولا ید لرب
المال فیه لان المال امانة فی یده فلا بد من التسلیم الیه وهذا بخلاف الشرکة لان المال فی المضاربة
من احد الجانبین والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان یخلص المال للعامل لیتمکن من التصرف فیه اما
العمل فی الشرکة من الجانبین فلو شرط خلوص الید لاحدهما لم ینعقد الشرکة وشرط العمل
فی المضاربة علی رب المال مفسد للعقد لانه یمنع خلوص ید المضارب فلا یتمکن من التصرف فلا یتحقق
المقصود وسواء کان المالک عاقدا او غیر عاقد کالصغیر لان ید المالک ثابتة له وبقاء یده تمنع
التسلیم الی المضارب وکذا احد المتفاوضین واحد شریکی العنان اذا دفع المال مضاربة

وشرط عمل صاحبه لقیام الملک وان لم یکن عاقدا واشتراط العمل علی العاقد مع المضارب وهو
غیر مالک یفسده ان لم یکن من اهل المضاربة فیه کالماذون بخلاف الاب والوصی لانهما من اهل
ان یاخذا مال الصغیر مضاربة بانفسهما فکذا اشتراطه علیهما من المال قال واذا صحت المضاربة
مطلقة جاز للمضارب ان یبیع ویشتری ویوکل ویسافر ویبضع ویودع لاطلاق العقد
والمقصود منه الاسترباح ولا یتحصل الا بالتجارة فینتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنیع
التجارة والتوکیل من صنیعهم وکذا الابضاع والایداع والمسافرة الا یری ان المودع له ان
یسافر فالمضارب اولی کیف وان اللفظ دلیل علیه لانها مشتقة من الضرب فی الارض وهو السیر
وعن ابی یوسف رحمه الله انه لیس له ان یسافر وعن ابی حنیفة رحمه الله انه ان دفع فی بلده لیس له
ان یسافر لانه تعریض علی الهلاک من غیر ضرورة وان دفع من غیر بلده له ان یسافر الی بلده
لانه هو المراد فی الغالب والظاهر ما ذکرنا فی الکتاب ولا یضارب الا ان یاذن له رب المال او
یقول له اعمل برایک لان الشیء لا یتضمن مثله لتساویهما فی القوة ولا بد من التنصیص علیه او
التفویض المطلق الیه فکان کالتوکیل فان الوکیل لا یملک ان یوکل غیره الا اذا قیل له اعمل
برایک بخلاف الایداع والابضاع لانه دونه فیتضمنه وبخلاف الاقراض حیث لا یملکه
وان قیل له اعمل برایک لان المراد منه التعمیم فیما هو من صنیع التجار ولیس الاقراض منه وهو تبرع
کالهبة والصدقة فلا یحصل به الغرض وهو الربح لانه لا یجوز الزیادة علیه اما الدفع مضاربة
من صنیعهم وکذا الشرکة والخلط بمال نفسه فیدخل تحت هذا القول وان خص له رب المال التصرف
فی بلد بعینه او فی سلعة بعینها لم یجز له ان یتجاوزها لانه توکیل وفی التخصیص فائدة فیتخصص
وکذا لیس له ان یدفع بضاعة الی من یخرجها من تلک البلدة لانه لا یملک الاخراج بنفسه فلا یملک
تفویضه الی غیره فان خرج الی غیر ذلک البلد واشتری ضمن وکان ذلک له وله ربحه لانه تصرف
بغیر امره وان لم یشتر حتی رده الی الکوفة وهی التی عینها برئ من الضمان کالمودع اذا خالف
فی الودیعة ثم ترک ورجع المال مضاربة علی حاله لبقائه فی یده بالعقد السابق وکذا اذا رد بعضه
واشتری ببعضه فی المصر کان المردود والمشتری فی المصر علی المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها
ههنا وهو روایة الجامع الصغیر وفی کتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحیح ان بالشراء

يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشرى للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك وكذلك ان وقت في المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرا عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت بطريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه

كما في الوراثة فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم زادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا القدر ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه

الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان
يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له الشركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره
وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير
فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان
لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع
وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا
عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع يقبضه لمنفعة
الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن
الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي
فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه
مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول
فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث وان دفع اليه رب المال مضاربة
بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال
قال على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب
الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط
لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر
ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن
استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما
رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب
المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق ثلثين فيكون
بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء

فبيني

فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب
المال نصفان لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه
وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال
على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر
مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل
لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج
الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب
الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح
في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها
صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد
وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه
بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال
ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا
له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز
بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب
بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة
يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان
عليه دين فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع
اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان
كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى بمنزلة الاجنبي على ما عرف **فصل**
في العزل والقسمة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما
تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل
وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق

بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح
لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له
عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم
بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه
وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح
وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على راس المال وانما ينض بالبيع ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها
شيئا اخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل
فان عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيهما لانه ليس في اعمال عزله ابطال
حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال وان لم يكن
بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح
لا يظهر الا به فصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض
ونحوها واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون
لانه بمنزلة الاجير لان الربح فيه كالاجرة وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض
والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد
ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له احل
رب المال مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا ساير الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون
راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في
الزكوة فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح
والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان
قسمة الربح لا يصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما
في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه
لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان

بينها

بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة
ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد
جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا اخر

فصل

فيما يفعله المضارب ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسية لان كل ذلك من صنيع التجار
فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين
الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها
اعتبارا بعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه
من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك
ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسية ولا كذلك الوكيل لانه
لا يملك ذلك اما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك
الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار
بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل
ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة
وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه
ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من
قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله
او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة
فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود
الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك
الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى
براس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى
به ويشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفان بمنزلة

شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق
بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض
عبدًا ولا امةً من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب
الا يرى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة
وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا تدخل تحت المضاربة
كذا هذا فان دفع شيئًا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على
المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا
فيه فيكون مستردًا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداءً ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا
بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال
مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال
ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به
الاول واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه
ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي
ونفقة المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة
فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من ماله واما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به
وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف الابضاع اي البضاعة لانه متبرع فلو بقي
شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر
وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي
ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف
دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى
يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية

وعن ابي يوسف رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به
فصار كالنفقة ووجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض
ولهذا كانت نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس
المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق
على نفسه لان العرف جارٍ بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة
القيمة والثاني لا يوجبها فان كان معه الف فاشترى بها ثوبا فقصره او حمله بمائة من عنده وقد قيل له
اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها
فيه لانه عين مال قايم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة
بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قايم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع
اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه

فصل آخر

قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين
فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع
العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل
الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالالف
وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة
فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين
فاذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه
وكيل من جهته ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة
وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال
الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه
بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع راس المال
ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال بخمسمائة عبدا وباعه اياه بالف فانه يبيعه
مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه

بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين
قال ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين يبيعه مرابحة بألف ومائة لأنه
اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فإن كان معه ألف بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه
على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال
عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان فإذا فديا خرج العبد
عن المضاربة أما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما
لأنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على
المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب
المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب
المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لأن المال أمانة في يده والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون
وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك
بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكل
ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال
فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع إليه قبل
الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

فإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك
ألفين فالقول قول المضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول القول قول رب المال وهو قول
زفر رحمه الله لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع
إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول
فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى
من فضل قبلت لأن البينات للإثبات قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان
بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم
عمله أو شرطا من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة
أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل
فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص ولو ادعى
كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب
لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت
الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول

كتاب الوديعة

الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان
ولا على المستودع غير المغل ضمان ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول
الودائع فيتعطل مصالحهم وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال
غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته
ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن
لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل
غيره والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه إلا أن يقع في داره
حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف عليها الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنه تعين
طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع فإن طلبها صاحبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بإمساكه
بعده فيضمنه بحبسه عنه وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند
أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا خلطها بجنسها شاركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض

البيض والدراهم السود بالدراهم السود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا يصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المايع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مايعا بالاذابة وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نايب المالك فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه

بحفظه

بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نايب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار فصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله

الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن
الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما
لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف
بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع
ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما
ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما
في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن
وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا
كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت الوديعة شيئا يحفظ على يد النساء
فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكنه اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان
مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال
وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت
آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان
حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان
التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي
نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح به الشرط ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت
فله ان يضمن الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحه الله وقالا له ان يضمن
ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع
الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض
فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك
نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض
المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه
فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمن بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع

فلا يضمنه

فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما
انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان
دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل
واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان
حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني
ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول
انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني
ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم
الالف الاخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالقضاء
لهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين
نكل ذكر الامام علي البزدوي رحه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي
بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل
حق الثاني وذكر الخصاف رحه الله انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما ينفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة
ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا
عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رحه الله
خلافا لابي يوسف رحه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره
يضمنه عند محمد رحه الله خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك
المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد
بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي

ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية
ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان تمليك بعوض
وبغير عوض ثم الاعيان تقبل نوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة
للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة
لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة ولان الملك ثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة
والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما
نذكر ان شاء الله تعالى وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك
هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة
الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك
سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى
تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره وللمعير ان يرجع في العارية متى
شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع يملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها
فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه والعارية امانة ان هلك من غير تعد
لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت
ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان
اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه
ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب
الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرى مضمون
بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه وليس للمستعير ان يواجر ما
استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه ولانا
لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير
لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله
العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن

المستعير

المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر اذا لم يعلم
انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما اذا علم وله ان يعير اذا كان لا يختلف
باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل
والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع
على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل
كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر
عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على
اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء
في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه
عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون
مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار
دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس
له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى
تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة
الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة
بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة
المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس
جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها
معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلفه
تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق

العقد من غير ان يبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا
ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته
حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري
في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان
له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان
في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة
وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك
واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد
فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية
دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين
المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون
مؤنته عليه واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس
يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري
الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك يردها الى المربط وان استعار عينا فردها
الى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه
ضمن لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك
بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها
عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه ومن استعار
دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة
فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا
ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده
وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه

دايما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك
الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ وقال بعضهم يملك لانه دون الاعارة واولوا هذه
المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك
اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظ الاعارة موضوعة له والكتابة
بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص الزراعة والاعارة
ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا يعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب
والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد
منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف
الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه
ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم
فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية
اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير
امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض
والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض
باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف
عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض
بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في
مقابلة الصريح وتنعقد بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل
فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله
ووهبك الله بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك

هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام
اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث
تكون عارية لان عينها لا تطعم فتكون المراد غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما
الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت
هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه
يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو
قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال
كسى الامير فلانا ثوبا اى ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل
ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة
تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى
صدقة او نحلة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها
مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له ولا تجوز الهبة
فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين
لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك
فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في
الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه
الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف
ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهايأة يلزمه
فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع
الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان
فيناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر
دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز
لان الحكم يدار على نفس الشيوع ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه

وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة
فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه
الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف
ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والتمر في النخل
والزرع والنخل في الارض بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض
كالشائع واذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا
لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باع منه لان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه

احكام الهبة للصغير

الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا
كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا
لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو
في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب
لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها
له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان
كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه
لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه
يدا معتبرة الا يرى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض
الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة
يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه
مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيره حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة
منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة واذا وهب
اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من
اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق

الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت
فيما لا يقسم فقبلها احدهما صح ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك
لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما
كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين
بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز
للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل
وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع
في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى
وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل
الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رحمه الله
روايتان فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد رحمه الله والفرق لابي يوسف رحمه الله ان بالتنصيص
على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن
من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد
لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا
قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض
للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع
واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم
اما الكراهية فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم
للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة
لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت
العقد او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل
في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه او تخرج الهبة
عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليط فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه فان وهب
لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة
فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان
قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة
منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع
وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى
وان وهب هبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم
لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل واثر في نفي الفسخ في هبة الوالد لولده
وقد ذكرنا وجهه وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة
وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها
بعدما وهب لها فلا رجوع واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا
عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا
فان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط
الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة يرجع بنصف العوض لانه
لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع
وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء
وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل
العوض ولم يسلم فله ان يرده وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان
المانع خص النصف ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله
وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة
عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ عتقه ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد

القضاء لان الاول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الآن يمنعه بعد طلبه لانه تعدى فاذا رجع بالقضاء وبالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو تمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخير الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما بيناه وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جايزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت

فاسدة

فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها والعمرى جايزة للمعمر حال حيوته ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات يرد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جايزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا يجوز الرجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد قصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسايل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارة

والاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه

لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار كقوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل
ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة
لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة فصار كجهالة الثمن والمثمن في البيع
وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر
بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه
عوض مال والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما
اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت
لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى وفيه خلاف الشافعي رحمه الله الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة
الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار وتارة تصير معلومة بنفسه
كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها
مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه
والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار
الخياط والقصار ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة
كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن
استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي
يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء
المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة
تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع
على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي

في البدل

في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل
او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها
لان تسليم نفس المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقام تسليم المنفعة اذ التمكن من الانتفاع
يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة
للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجرة وان وجد الغصب
في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر
كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذا
اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجر كل مرحلة لان سير كل مرحلة
مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول
زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه
العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة
في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا وليس للقصار والخياط ان
يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان بعض العمل غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا
اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا الا ان يشترط التعجيل لما مر
ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق
الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج
فلا اجرة له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع
في بيته حيث كان في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه
فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ
له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر
اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يستحقه حتى يشرجه لان التشريج من تمام العمل
اذ لا يؤمن الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو

المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل
الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين
منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار
والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجرة لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله
حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير
متعد في الحبس فبقيت امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته
غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع
ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس
العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا
بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك
وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله
وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه فيسقط
حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم
فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع واذا اشترط على الصانع ان يعمل
بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل
بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة
فيجئ بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه
فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة
ويجئ بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به
لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود

او وسيلة

او وسيلة وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي
المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب
بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة
على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة

وما يكون خلافا فيها ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها
لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق
الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد
بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة فيها وللمستاجر الشرب
والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان تحت مطلق العقد بخلاف البيع
لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان
فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد يستاجر للزراعة
ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع ما شاء
لانه لما فوض الخيرة اليه فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة
ليبني فيها او يغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة
لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار لصاحب الارض
بخلاف ما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان
لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك
مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب البناء والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه
او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه وفي
الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه
الشجر ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معهودة معلومة فان اطلق الركوب

جاز له ان يركب من شاء عملاً بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره
لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك
اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال
على ان يركبها فلان او يلبسه فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان
الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فيصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا واما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد
فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا
وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة
في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس
له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا
سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من
ظهره والقطن ينبسط على ظهره وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها
ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل فيه لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل
تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه من المعتاد وان كبح الدابة بلجامها
او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف
مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذن المالك فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد
بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيه فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق
وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذا العارية
قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير
بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف

في الوديعة

في الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب يجري على اطلاقه والفرق ان المودع يصير مامورا
بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية
يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود
وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه
لانه اذا كان يماثل الاول كان المالك راضيا به ويتناوله اذن المالك اذ لا فايدة في التقييد بغيره
الا اذا كان زايدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله
الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا
اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا
ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما
في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر
وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان بين
الطريقين تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت واذا كان طريقا
يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا
وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة فان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش
التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر
ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
العروق فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له عليه لانه غاصب
الارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة
الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق
لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو محمول على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله

انه يضمنه من غير خيار لان القبا خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه
وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اى الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل
لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم فى ساير الاجارات الفاسدة على ما
نبينه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويلا وقد امر بالقبا قيل يضمن من غير خيار للتفاوت فى المنفعة
والاصح انه يتخير للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يتخير
كذلك ههنا

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب فى الاجارة
الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعى رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها الا ان الفاسد تبع
للصحيح فيعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد اسقطا الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم تجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم بنفسه
وهو الموجب الاصلى فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم
فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور الا ان يسمى جملة الشهور معلومة لان
الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر
الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح
وان سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة وان سكن ساعة من الشهر الثانى
صح العقد فيه ولم يكن للمؤاجر ان يخرجه الى ان ينقضى الشهر وكذلك كل شهر يسكن فى اوله لانه تم
العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى الا ان الذى ذكره فى الكتاب هو القياس وقد مال اليه
بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى من الشهر ويومها لان فى
اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر
من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين
قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذى استاجره لان
الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالى ليس بمحل له

ثم ان كان

ثم ان كان حين العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هى الاصل وان كان فى
اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وهو
رواية عن ابى يوسف رحمه الله ان الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول
منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثانى بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر
فى الطلاق ويجوز اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين
وقد قال عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عليه السلام
احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيجوز ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد
اخذ الاجرة عليه ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان
كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله يصح فى كل ما لا يتعين
على الاجير لانه استيجار على عمل غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القران ولا تاكلوا
به وفى اخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابى العاص وان اتخذت موذنا فلا تاخذ
على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته ولا يجوز له اخذ
الاجرة من غيره كما فى الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم
فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وعلى هذا تعليم الصناعات على رواية القدورى وبعض
مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم للتوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع
تضييع حفظ القران وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا ساير الملاهى لانه
استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد ولا يجوز اجارة المشاع عند ابى حنيفة رحمه الله الا من
الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره ونصيبه من دار مشتركة من غير
شريكه لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما
اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابى حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا
لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذى يحصل به
التمكن ولا تمكن فى المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد

بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر
المتراخي سابقا واما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة
لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس
بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما
طارئ ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل
ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة
الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق
الاجرة والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على استهلاك الاعيان مقصودا
كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله واذا ثبت
ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة ويجوز بطعامها وكسوتها
استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله
ان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار
كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير
فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية
الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان
القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم
وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطئ حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان
له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل
حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد
الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل

مسائل اجارة الظئر

وهو انه يعتبر العرف فيما لا نص عليه ففي مثل هذا الباب فيما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام
وغير ذلك على الظئر واما الطعام فعلى والد الولد وما يذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك
من عادة الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو
الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى وانه اختلف العقد ومن دفع
الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه فالاجارة
فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه السلام
وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له كذا كذا حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير
من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج
او المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجرة لان الاجير ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار
مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا
وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة
فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى غير معلوم فلم يصح الحط وان استاجر رجلا ليخبز
له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الاجارات هو
جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع الجهالة
وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب
كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه
العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها
فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما
مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط
ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من

مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهي منهي عنه ثم قيل المراد
بالتثنية ان يردها مكروبة والشبهة في فساده وقيل ان يكريها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع
بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبقى لتثنية منفعة وليس المراد بكري الانهار
الجداول بل المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح لانه يبقى منفعة في العام القابل وان استاجرها ليزرعها
بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله وهو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى
واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجرة باجرة دين
ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسا عندنا وصار كبيع القوهي بالقوهي والى
الشافعي رحمه الله والى محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما
اذا اختلف جنس المنفعة واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على
ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع
العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام او عبدا
مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في
الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه فلا يجب الاجر ولان ما من
جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان
المعقود عليه هناك انما هو ملك صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا
ولم يذكر انه يزرعها او اي شي يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها
وكذا ما يزرع فيها يختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها
ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا كما اذا ارتفعت
في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه او الخيار الزايد في المدة ومن استاجر
حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمله ما يحمله الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان
عليه لان العين المستاجر امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله

الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة
الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قايم بعد

باب ضمان الاجير

الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار
لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد
فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الا من شي غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي
عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل
الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة
اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير
من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب
لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا
ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر وما تلف
من عمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق
السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يضمن لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت
الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه
حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع
فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده به وبخلاف
الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه به فكان من صنيعه
الا انه لا يضمن بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان
الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود
لا تتحمله العاقلة واذا استاجر من يحمل دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه
قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره

بحا به اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه واما الحبل
فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ولكن له
وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اى
الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا
واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطبت من ذلك
وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه
وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة
الطباع وضعفها فى تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا
ولان قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد والاجير الخاص الذى يستحق الاجر
بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استاجر شهرا للخدمة او لرعى الغنم وانما سمى اجير وحد لانه
لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى
الاجر مستحقا وان نقض العمل ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ما تلف من عمله اما الاول
فلان العين امانة فى يده لانه قبضه باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك
نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة
غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثانى فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف فى ملكه
صح ويصير هو نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز
واى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم
وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا
بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة
لم يجز والمعتبر فى جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار فى البيع
وفى الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع

يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله
عند ابى حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفى الجامع الصغير لا ينقص من درهم ولا يزاد على درهم
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة
شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل و
ذكر الغد للترفيه فيجتمع فى كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق
فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابى حنيفة
ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التوقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت
والعمل واذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثانى
ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم
ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعقد فى اليوم الثانى فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر
التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابى حنيفة رحمه الله
هو الصحيح لانه اذا لم يرض بتاخيره الى الغد فبالزيادة عليه الى بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت
فى هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واى الامرين فعل استحق
المسمى فيه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم
وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة
الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها
الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذا الاجر وهو مجهول والجهالة
توجب الفساد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما
فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابى حنيفة
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه
يخالف السكنى الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك فى مطلق العقد وكذلك فى اخواتها والاجارة

تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره مرادا دخلا كما في الركوب وان استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا تجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المواجر لانهما اختلفا في محتمل فترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله اعلم

باب الاختلاف

واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر فقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا

اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر قبله انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ او قيمة ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليطا فله الاجر والا فلا لان ما سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المواجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه موت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع حتى لو ان المواجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمواجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا

انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة
وفوات بعض المقصود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع
وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم
الموجر بعد ما مضى بعض المدة وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب
لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي
المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما
وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة
فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر
دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا فافلس ولزمه ديون لا يقدر
على ادائها الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد
الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال اخر ثم قوله فسخ
القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين
وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه
لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر
فينفرد العاقد بالفسخ وقيل ينتقض بنفسه وليس بصحيح ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد
من الزام القاضي ومنهم من فرق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير
ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة يسافر عليها ثم بدا له من السفر
فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زايد لانه ربما يذهب ليحج فذهب وقته او في
طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث
الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموجر فقعد فكذا الجواب في رواية الاصل وروى الكرخي
انه عذر لانه لا يعرى عن نوع ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن اجر عبدا ثم
باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وهو امر زايد واذا

الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده
وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط
والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه
ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا
للخياطة واراد ان يتركها ويشتغل بعمل اخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع
بين العملين اما هنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر فهو عذر لانه
لا يعرى عن الزام ضرر لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك ضرر لم يستحق بالعقد فيكون
عذرا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المسافر يمكنه استيفاء
المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى
وذلك ضرر **مسائل منثورة** ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصايد فاحترق
شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البير في داره وقيل
هذا اذا كانت الرياح هادية ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر
في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جايز لان هذا
الوجه في الحقيقة فهذا بوجاهته يتقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة
فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز
وهو قول الشافعي للجهالة فيه وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب
وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا
اذا لم ير الوطاء والدثر ولو شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا
ومن استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل منه لانه
استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد
معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله اعلم بالصواب

كتاب المكاتب

اذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم

ان علمتم فيهم خيرا وهذا الامر ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الا باحة
الغا الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين
بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعل واما اشتراط قبول العبد فلانه مال
يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه
قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير
التصريح به كما فى البيع ولا يجب حط شىء من البدل كما قاله البعض اعتبارا بالبيع ويجوز ان يشترط المال حالا
ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعى رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم البدل فى زمان
قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل
الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل
معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان السلم فيه
معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم
لان مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد فى الرق ويجوز كتابة العبد الصغير ان كان
يعقل الشرط والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع فى حقه والشافعى رح
يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبى فى التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشرى
لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت
عليك الفا تؤديها الى نجوما اول نجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق
فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الى الفا فى كل شهر مائة فانت حر
فهذه مكاتبة فى رواية ابى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفى نسخ ابى حفص
لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم
يخرج عن ملكه اما الخروج عن يده فليتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق
مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرا والخروج الى السفر وان نهاه المولى اما عدم
الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق

ويتحقق

ويتحقق بتاخيره لانه نوع مالكية وثبت للمولى فى الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك
لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزم الا مقابلا بالحصول العتق به وحصل دونه واذا وطئ المولى
مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل
من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على
ولدها لزمه الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبى فى حق اكسابه ونفسه اذ لو
لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل فى الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او على خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر
والخنزير لا يستحقه مسلم لانه ليس بمال فى حقه فلا يصلح بدلا فيفسد واما الثانى فلان القيمة
مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب ودابة ولانه تنصيص
على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء
قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابى يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء
القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابى حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
فانت حر لانه ح يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل فى ظاهر
الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال فى الجملة فامكن اعتبار معنى العقد
فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار
معنى العتق فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه
ان يسعى فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته
كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند
هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى
بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء
القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد واثر الجهالة فى الفساد بخلاف ما اذا كاتبه
على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق
بدون ارادته وكذلك ان كاتبه على شىء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليم ومراد الشىء المعين
العاقد

بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات
فيتعلق بدراهم دين فى الذمة فيجوز وعن ابى حنيفة رحمه الله رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق
وان عجز يرد الى الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا العين فى المعاوضات
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما فى البيع بخلاف الصداق
فى النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليست بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى ووجه آخر
ان المقصود من الكتابة ان يملك مكاسبه ونفسه فيصير حرا يدا وذلك ضرورة حاجته الى اداء البدل
منها واذا كان البدل عينا لا يحتاج اليه فلا يفيد مقصوده فيفسد فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد
انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم
الاجازة على ما قال فى الكتاب فى الجامع انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانه يثبت للحاجة الى
ادائه منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابى يوسف رحمه الله انه
اجاز ذلك ولم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما فى النكاح والجامع
صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابى حنيفة رحمه الله رواه ابو يوسف رحمه الله اذا ادى
لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط
وهكذا عن ابى يوسف رحمه الله هكذا انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى
مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين فى يد المكاتب ففيه روايتان وهى مسئلة الكتابة على
الاعيان ووجه الفساد لانه كاتبه على ملك نفسه ذا الكلام فى عين اكتسبه من قبل ووجه الجواز انه
له حق فيه مقتضى الكتابة تصحيحا له ثابت به المكتسب فى المستقبل ولو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم
وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى عقود المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة فيجوز بخلاف
العين لانه يتعين وهو المراد بالشىء المذكور فى اول المسئلة وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه
عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هى جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة
المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقى لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة
وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثناه وهو الاصل فى ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من
الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا يصلح بدلا فكذلك المستثنى واذا كاتبه على حيوان غير موصوف

فالكتابة

فالكتابة جايزة معناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة فينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة
وقد مر فى النكاح واما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها تتحمل فى الكتابة فيعتبر جهالة
البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة والتوسعة بخلاف
البيع لانه مبنى على المماكسة واذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما
والعبد كافر لانه مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لوقوع العجز عن تسليم
عين الخمر فان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك اذا الخمر غير معين واذا وقع العجز عن
تسليم بدل الكتابة يجب تسليم قيمته لان التسمية قد صحت فى الابتداء بخلاف ما اذا باع الذمى من
ذمى خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة يصلح بدلا فى الكتابة فى امثاله فانه
لو كاتبه على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة ولا كذلك البيع لانه لا ينعقد
صحيحا على القيمة فافترقا فرق ابو يوسف رحمه الله بين النكاح وبين الكتابة فان النكاح يجب مهر المثل عنده
وفى الكتابة قيمة الخمر ووجهه ان النكاح قد يبقى بدون التسمية وقد وجدناها واوجبنا مهر المثل اما الكتابة
لا يبقى مع فساد التسمية فيبقين التسمية اعتبارا لضرورة بقاء العقد فوجب قيمة البدل وهو الخمر فاذا
قبضها عتق لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر
للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما لو كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل
التزام الخمر ولو اداها يعتق لان الكتابة ينعقد مع الفساد وعليه قيمته لانه سلمت له رقبته
بحكم عقد فاسد وصار كما اذا كانا مسلمين وقد ذكرنا هذه امثلة والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل
وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان
التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى اخرى فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا
الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد

لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح
فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط
لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط في حق
العبد فاعتبرناه اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يتزوج الا باذن
المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه فانه
ليس باكتساب بل هو يوجب شغل ذمته بالدين مهرا ونفقة ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق
الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة
لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل
ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع وليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء
فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك ان كاتب عبده والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه
الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل
الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت
له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول
فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك فيصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد
لعدم الاهلية اضيف اليه والولاء لمن اعتق ولانه لما تعذر اثباته للعبد يثبت لمن هو اقرب الناس اليه
نظيره العبد اذا اشترى يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لانه ليس من اهل الملك فلو ادى الاول
بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق فان ادى الثاني
بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال
او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته
واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب
وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادة المهر على ما مر وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير

بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما مما ذكرنا والولاية
نظرية واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله له ان
يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره
بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس من التجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا
اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال وكذا
لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل

واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته
لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا
ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر
في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على
الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه
قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثانية في العتق وبالاولى في الكتابة
وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه
ولو اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان
معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام
اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا له
وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت
ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه له
لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا
لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكد فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد ومن زوج امته من عبده
ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق
والحرية وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد

ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها
الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام
في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وهذا ليس في معناه لان حق
جانب الاب في استتباع الولد في الحرية اوفى الحر وهذا اثبات الحرية ابتداء ولا يعارض ولان حق
المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به وان
وطي المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها
على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك الماذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق
المولى لان التجارة وتوابعها داخلة في الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما
لم يسقط لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة
كالكفالة واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في الكتابة وكذلك العبد
الماذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه
بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي
بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا
حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك
الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من
مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمناه ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب
الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت اخر لم يلزم المولى الا ان يدعيه لحرمة
وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد
ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها واذا كاتب المولى ام ولده جاز
لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانها تلقتها جهتا حرية
فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض

من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة
لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه يسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت
في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لانها باقية وان دبر مكاتبه صح التدبير لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت
مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيره فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته او جميع
مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يسعى في الاقل منهما وقال محمد رحمه الله يسعى
في الاقل من ثلثي القيمة او ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله
في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقا وقد
تلقاه جهتا حرية ببدلين مؤجل بالكتابة ومعجل بالتدبير فيخير وعندهما لما عتق كله بعتق بعضه
فهو حر وجب عليه احد المالين فيختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل
بالكل وقد سلم له الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم له الكل بان
خرج من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة
ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة
وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانه استحق حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم
المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف
بمقابلة الواحدة الباقية بدلالة الارادة كذا هذا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي
تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا وان دبر مكاتبته صح التدبير
لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة
ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار
ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف
في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا واذا اعتق المولى
مكاتبه عتق لقيام الملك فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له
دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه

توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه وان كان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حتى لا يصح الكفالة به ولا يجب الزكوة فيه فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه بخلاف الحر لان الاجل ليس بمال في حقه لقدرته على الاداء دونه والدين مال من كل وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى وان كاتب على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر للمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط كما اذا علقه به في الكتابة النافذة واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد ولا شرط وفي الاستحسان يعتق لانه

لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بادائه العتق القائد فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف العبد وقيل هذه صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه وهو غايب فان ادى الشاهد او الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم عن نفسي وعن فلان الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا وفي القياس يصح عن نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية فيتوقف في غير محل الولاية وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذ الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه فايهما ادى عتق ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه فصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغايب فلانه متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشيء لما بينا فان قبل الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه شيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا يعتبر قبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع كذا هذا واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفايدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن

لكتابة نصيبها اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما
والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجات
بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجات بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول ويضمن هو لشريكه نصف قيمتها
ونصف عقرها ويضمن شريكه عقرها وقيمة ولدها ويكون ابنه وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه وهو انه لما ادعى احدهما ولدها صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه
ام ولد له لان الاستيلاد وان كان فيما يقبل النقل فهو يتجزى وفيما لا يقبل كالمدبرة والمكاتبة فيقتصر
امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام الملك
ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال
المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبها لما استكمل الاستيلاد ونصف
عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه بمنزلة المغرور لانه
حين وطئها كان ملكا قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه
وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة مادامت
باقية فحق القبض لها وهذا الذي ذكرناكله قول ابي حنيفة رحمه الله لاختصاصها بمنافعها وابدالها
حتى لو عجزت يرد الى المولى لظهور اختصاصه وقالا هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الآخر ولا يثبت
نسب الولد منه ولا يكون ابنه بالقيمة ويغرم لها العقر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد
للاول لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فينفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة وبقي الكتابة فيما وراه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف
بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها
ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب
الحد للشبهة فيلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار
كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب
ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب البدل لان الكتابة لم ينفسخ الا في التملك ضرورة فلا يظهر
في حق حكم آخر وسقوط نصف البدل حكم آخر وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتب

بسقوط

بسقوط والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد
الى المولى لانه ظهر اختصاص المولى وبطل اختصاصها على ما بينا ويضمن الاول لشريكه في قياس
قول ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا
كان او معسرا لانه ضمان تملك وفي قول محمد رحمه الله الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من
بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
فللتردد بينهما يجب اقلهما واذا كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف
الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين
انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف
النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد الاول لانه تملك نصيب شريكه فكمل الا
ستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها
لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام
المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم
عجزت ضمن المعتق عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب على
الخلاف في الرجوع والخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق
فههنا كان الجواب كذلك بعد العجز فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده وكان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتبة فلا يتغير
به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة
نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار
والاعسار واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي
دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره
الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه

يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله
خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل
قيمة المدبر يعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة مثل البيع
والشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتق احدهما
اولا كان للآخر الخيارات عنده واذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يعتق ويستسعى وقالا اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيملك
نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار
والاعسار ويضمن قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان
الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان
موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار
عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل
بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلث نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار
كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول
علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى
كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما
توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون
اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى البدل عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم
يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار
متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج
قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة يفسخ بالتراضي

من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض
قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه
لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته
وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا
رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله يبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت
رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد
الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط
وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد
لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه من
المملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه
وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى
في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه
ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء قال وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة
حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة
عليه تبعا ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين
ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه
العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم
اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته
في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا
يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه
وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال

وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي
الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر
حكمه لا يكون تعجيزا قال وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو
قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها
فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا
وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا
قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى المولى ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد
يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها
هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على
ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء
الى المولى فكذا الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف
وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ
لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد
من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا
الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال
واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من
زوال المانع وان قضي عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول يباع فيه وان عجز قبل القضاء
وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت
موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد فلم يثبت الانتقال
في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء

لتردده واحتمال عوده كذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا
مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية
وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه
والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء قال فان اعتقه
احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب
الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم
وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه
احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت
بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان
ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف
الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء
بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا
يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن
اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد
ولان الغنم بالغرم وكذا المراة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها وخلف بنتا
فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما روينا
قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح
قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشره
من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته
لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه قال وان مات المولى عتق مدبروه وامهات
اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد قال ومن ملك ذا رحم

محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل
امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل
عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل الولاء
عنه عملا بما روينا وكذا اذا جاءت بولد لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق
او بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي
حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا
لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا
فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت
الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام لان العتق هنا
في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذا الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة
فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه
ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت الموت
او الطلاق حيث يكون الولد لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت
والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح
فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت
اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي لابيهم
فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا قال فان اعتق الاب جر ولاء الولد الى نفسه
لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب
مقصودا حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك
فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة للعرب فولدت له اولادا فولاء اولادها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب
عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق

العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف
بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما ان تناصرهم
بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي
الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رحمه الله موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف
فهو في جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف
حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان
معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر
قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا
فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات
ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث
واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه قال فان كان للمعتق عصبة
من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه
وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال وان لم يكن له عصبة من النسب
فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة
على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر و
يأخذ ما بقي قال وان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي
عليه السلام وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق
من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش
وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى
بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك اباه وابنا
فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة

لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولا لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولا للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب والله اعلم

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولا صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لكن المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في حالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه استحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذوو الارحام وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكرنا في الكتاب لانه بالالتزام وهو الشرط ومن شرطه ان لا يكون للمولى من العرب لان تناصرهم بالقبايل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولا كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعده وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة دون المنعة لا تتحقق فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع داره او شرى سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او الحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة حاضرة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رحمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد فاسدا يجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة

الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا اذا سلم طايعا بان كان اكره على البيع لا على الدفع لانه
دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا
لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ما هو
الاصل فدخل الدفع فى الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة
وعليه رده ان كان قايما فى يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره ضمن
قيمته للبايع معناه والبايع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد قال وللمكره ان يضمن المكره
ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البايع الى المشترى فيضمن ايهما شاء كا
لغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البايع وان ضمن
المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه
ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها
حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل**
وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان
يكره بما يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على
الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما
وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح ذلك
له ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع
معاونا لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما فى حالة المخمصة وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا ياثم لانه رخصة
اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد
الثنيا ولا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف
الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى اول الاسلام او فى دار الحرب قال وان اكره على
الكفر بالله تعالى او سب النبى عليه السلام بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على
نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته
اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويورى فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن

بالايمان

بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبى عليه السلام
كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه
مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع
فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا
رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبى عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى
الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على
اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح
للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما
يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل قال وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه
ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة
قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضى الله عنه وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
زفر رحمه الله يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعى رحمه الله يجب عليهما لزفر
ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال
الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعى رحمه الله فى جانب المكره ويوجب على
المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب فى هذا حكم المباشرة عنده كما فى شهود القصاص ولابى يوسف
ان القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت
الشبهة فى كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة
له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فبقى الفعل مقصورا عليه فى حق
الاثم كما نقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى
المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل
وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وقد مر فى الطلاق قال ويرجع على الذى اكرهه بقيمة
العبد لانه يصلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية
على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع

المكره على العبد بالضمان لانه مواخذ باتلافه قال ويرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وان
لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان
جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من
حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يوثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل
والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا
فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة
والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه
فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه
الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يلزمه الحد قال وان اكره على الردة
لم تبن امراته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي
اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك وان قالت المراة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت
ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل
الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به
مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع
لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض
ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع
ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه
مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد
صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت الصلوة لله ومحمدا اخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا
ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي عليه السلام
بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

كتاب

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا
تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان الاذن اية اهليته والرق لرعاية
حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي
بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي ترقب
اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالمولى
بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه
وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد
موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو
المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بيناه في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل
فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم
الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال
لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد
من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد
في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا
ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق
يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم
التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته
بخلاف ساير العقود قال فان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف
موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف
القولي على ما بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه
رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال
لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص

لزمه لانه مبقا على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا
ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس
فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا
يتلف ماله فيما لا غرض فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه
ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا
بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا يمنع عنه المال ثم هو لا يفيد
بدون الحجر لانه يتلف ما منع من يده بلسانه ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد
وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل
الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري
المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر
ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف
على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس
بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء
حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ
ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد
لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين
سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه
فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق
التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم
الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع
ولهذا قال رضي الله عنه لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى

التفريع

التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع
توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر
وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ولو باع قبل حجر القاضي جاز
عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد
من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها قال وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي
رحمه الله لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في
معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا
لنقصان في عقله فكذا السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر
بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق
لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد
العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا تجب السعاية لانه لو وجب
انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب
حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم
يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته
بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله
فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها
وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول
لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امراة
جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها
لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار
مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه

لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن يجب عليه نفقته من ذوى ارحامه لان احياء ولده وزوجته
من حوائجه والانفاق على ذى الرحم المحرم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا
ان القاضى يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا
معه كيلا يصرفه فى غير وجهه وفى النفقة يدفع الى امينه يصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا
بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله
فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال وان اراد حجة
الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضى النفقة اليه ويسلمها
الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها
استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف ما اذا زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه
لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن
موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لا يجزيه غيرها وهى جزور او بقرة قال فان مرض واوصى
بوصايا فى القرب وابواب الخير جاز ذلك فى ثلثه لان نظره فيه اذ هى حالة انقطاعه عن امواله
والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا فى كفاية المنتهى قال ولا يحجر
على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارى سواء وقال الشافعى رحمه الله يحجر عليه زجرا
وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان انستم
منهم رشدا الاية وقد اونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا
لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضى عندهما ايضا وهو قول الشافعى
بسبب الغفلة وهو ان يغبن فى التجارة ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له

فصل فى البلوغ

قال وبلوغ الغلام بالاحبال والاحتلام والانزال
اذا وطى فان لم يوجد ذلك فحتى يتم ثمانى عشرة سنة عند ابى حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض و
الاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا
اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعى
وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن فى التاسع عشرة ويتم ثمانى عشرة سنة فلا

وقيل

وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ
بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض فى اوان الحبل فجعل كل ذلك
علامة البلوغ وادنى المدة فى حق الغلام اثنى عشر سنة وفى حق الجارية تسع سنين واما السن
فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبى
ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضى الله عنهما وتابعه القتبى وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى
الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة فى حقهن لاشتمالها
على فصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة وقال اذا راهق الغلام والجارية الحلم
واشكل امره فى البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف
الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة فى الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله
لا احجر فى الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان فى الحجر
اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه
لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه
وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر
بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفى هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت
حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق
الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه
بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى
الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك
بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس
اضرارا بهما بتاخير حق الداين وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم
وله دراهم قضاها القاضى بغير امره وهذا بالاجماع لان للداين حق الاخذ بغير رضاه فللقاضى
ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضى فى دينه وهذا عند ابى حنيفة

استحسانا والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان
انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية
التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض
لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسايل فافترقا ويباع في الدين النقود
ثم العروض ثم العقار يبدا بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة
جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان
لانه اذا غسل ثيابه لا بد من ملبس فان اقر في حال الحجر بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه
تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه
وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته
الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت
في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو
يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل
في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له
يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته
وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر
قلبه فينبعث على قضاء الدين بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكن وطئها لا يمنع منه
قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من
الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد
الملازمة وباللسان التقاضي قال وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم
في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان
القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله لا
القضاء بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا

فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار
تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه
من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره
لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة
ولو اختار المطلوب الحبس لا يحجر ولو بايعوه جاز وان باعه الذي علم بحجره لم يصح ولو حجر عليه في
بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه لا يحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل
كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم لا يبقى العبد مادونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل
وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول
المقصود لاختياره الاضيق والاشق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر
بين بان لا يمكنه من دخول داره فحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين لرجل على امراة لا يلازمها
لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امراة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل
بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع
خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم
المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز
عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق
وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب
اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد
الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد
تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه
من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده
يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح

يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا له عندنا خلافا للشافعي وزفر رحمهما الله
ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من
رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا
للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى
المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع واشترى بالغبن اليسير فهو
جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان البيع
بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه
تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون له ولو حابى في مرض موته
يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة
ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما
في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر
الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما
ويزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان
ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو
يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانه تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا
كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة
لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون
له في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه
عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت
الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط
الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل

لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه
الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له ~~في نوع منها دون غيره فهو مأذون~~
في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا
لانه لو صار مأذونا يسند عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الي
الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء
ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال واقرار المأذون له بالديون والغصوب جائز
وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق
بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة
كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له
ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه
تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج
العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا
يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان
يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في
الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع
محض بالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لانه تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء
وابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه
لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا
فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه
فدعا بعض رفقائه الى ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه
قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف
ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار
لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه

لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ذلك من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة فى الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يوجل فى دين وجب لانه من عادات التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك فى تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل منه شئ عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله فى الكتاب وديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو فى معناه كالبيع والشرا والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والودايع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشرا فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشترى ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لولا الحجر لتضرر الناس لتاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه فى بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع فى الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال وان مات المولى او جن او لحق بدار الحرب صار الماذون له محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن فى حالة البقاء وهى ينعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعى رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فكذا لا ينافى البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما رضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر القضاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة الماذونة لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررنا فى ام الولد قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جايز فيما فى يده من المال عند ابى حنيفة رحمه الله ومعناه ان يقر بما فى يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما فى يده وقالا لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى ما كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره فى حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون له فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه

لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت لحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل
البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك المولى ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك
رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت
له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان ملك
المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين
مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته
للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما
وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليل فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود
من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز
لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى
الاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث
لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء
تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى
ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه
ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي
بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير متردد
بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع
في حق الاجنبي لانعدامها بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما
ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على اصلهما الا باذن
المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء
وهذان الفرقان على اصلهما قال فان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى
اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد

مالم يكن

مالم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف يتبع الفائدة فان سلم
اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين
ولا يستوجبه وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان
اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من
قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة يتعلق بها حق الغرماء
قال واذا اعتق المولى المأذون له وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء
لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان
الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من
قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما
ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا
قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا
البائع قيمته وان شاء ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان
يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في
التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن
السابق كما في المرهون قال فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة
ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع و
سلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى
باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء
من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا
لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن وان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم
ان يردوه لوصول حقهم اليه قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري
معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم
ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع

فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو ماذون له بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشرا كالعبد الماذون له اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانها لا يتام بالولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته نظرا للصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يوهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يوهل له قبل الاذن والبيع والشرا دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضا والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون له يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون له يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا الكتابة كما في العبد والمعتوه الذي لا يعقل البيع والشرا بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطا موضوع قال ومن غصب شيا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قايما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية اظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب

بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل وإن غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الأول وبه قال الشافعي رحمه الله
لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما أن الغصب إثبات اليد
بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها
وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو
الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك
قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل
ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها
وسلمها وأقر بذلك والبينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وإن
انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه هذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين
إن شاء الله تعالى قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه وفي أكثر نسخ المختصر وإذا
هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب
السابق إذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم
الغصب وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه
يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون
فوت الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد
على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف
إذا أجر المستعير المستعار لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر وكذا الملك
لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف

في ملك

في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم
به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل
المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك
في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري
إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجته فلو أصاب مالا يتصدق بمثله إن
كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب ألفا فاشترى
بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فإنه يتصدق بجميع الربح
وهذا عندهما وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب والوديعة وربح لا يطيب له الربح
عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك
إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة
أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى
بها ونقد منها أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها
يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد
ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو
المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها
أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد السبب

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع
بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا
أو صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف
رحمه الله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي
يضمنه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته له
أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت

ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار
كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه
الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل
الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة
بخلاف الشاة لان الاسم باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها
فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول
الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه ابو الليث رحمهم الله ووجهه ان ثبوت الملك مطلق
للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية
بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع
قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ
بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى
بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او
ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة
فغرسها غير ان عند ابي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه
بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله
ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها
عند ابي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة
متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس
المال في المضاربات والشركات والمضروبات يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم
باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس
المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي
رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب

بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة وصار كما اذا خاط بالخيط
المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر
انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه
متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها
وسلمها له وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف
من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش
في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي
يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه
لان العين قائم من وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه
جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رحمه الله معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ
الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب
ان الفاحش ما تبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى
بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان
محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا
فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك
صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل
بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن
له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه
قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها
شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر
او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما للغاصب
وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه

ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق
لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل
بخلاف الساحة يبني عليها لان النقض له بعد النقض واما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ
بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب ويتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة
رحمه الله في اصل المسئلة ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ
فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا
فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات
الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق
لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والاصفر
كالاحمر ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان يزيد فيه السواد فهو كالحمرة
وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ
الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة
دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها
ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك
كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه
غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول
في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا
ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها
اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك
وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان
ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهر العين وقيمتها

مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي
رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعطه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت
ناقص يكفي لثبوت البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب
امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال
الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على
مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة
حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد
طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية
لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب
صاحب الحق وهو الشرع وعلى هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا
يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق
الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد
وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت
الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجرة غيره او خصى عبد غيره او علمه
الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك
لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع
وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام
اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه
والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان
سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم

قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشرا الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينهما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقد فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه الماخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في ما لا يتقوم

واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال متقوم مملوك فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الا

لا يدينها

لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويعطيه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وفي الفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب وكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعة متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه تبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب

فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابى حنيفه رحمه الله وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على الخلاف كما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شىء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا يفرد عنه وصار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابى حنيفه رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شىء عليه وعندهما اخذه واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطيه مثل وزن الملح واذا اراد المالك تركه عليه ويضمنه فهو على ما قيل فى دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند ابى حنيفه رحمه الله خلافا لهما كما فى دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله ان صار خلا من ساعته يصير مالكا للغاصب ولا شىء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيليهما لانه خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابى حنيفه رحمه الله هو للغاصب فى الوجهين ولا شىء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان فى الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه الله لا يضمن فى الاستهلاك فى الوجه الاول لما بينا ويضمن فى الوجه الثانى لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شىء لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها فى كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او دفا او مزمارا او اهراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جايز وهذا عند ابى حنيفه رحمه الله وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى للهو فاما طبل الغزاة والدف الذى يباح فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما والسكر اسم للنى المتخذ من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفى المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابى حنيفه رحمه الله روايتان فى التضمين والبيع ولهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل

امرا بالمعروف

امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابى حنيفه رحمه الله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل وصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه يقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابى حنيفه رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراه الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هولاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة للجار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد به الشرع فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل

اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع فلا يصلح علة لتحقيق ضرر
غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك
في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى
لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح لقوة السبب ولان
ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة
مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم
اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه
في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم
محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان
لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل
معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في
اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق
والشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص
ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف
رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة
غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة
دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي
ولو كان نهرا صغيرا ياخذ منه نهر صغير فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل
بالجذوع على حائط الدار شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع
الجذوع لا يكون شريكا في الدار الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة يكون على
حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف
الاملاك وقال الشافعي رحمه الله هو على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى
انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق

وهو الاتصال

وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال
السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى
بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه
فهو للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت
ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع
ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر
بعد ما قضى له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن
النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها
الاتصال على ما بينا والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا
يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال
وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب
ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد
قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي
او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ويظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره
المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة
الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب
الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب
المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة
لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى
هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية
اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع
الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص

من جواره والثاني تجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا
اذا قال من اشتراها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون
بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس
بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ
يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ
الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يجب عليه ان اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا
واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا
اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة
في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه
الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشرا فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير
وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده معناه
لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد
منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم
البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة
هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة
لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال
ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله ان تركها بعد الاشهاد شهرا بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير
عذر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا
مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله
انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة

الشفيع

الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب
وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في ساير
الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غايبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو
علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند
القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال
المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي
لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن
موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها فاذا بين ذلك ساله عن سبب
شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الان تم دعواه على ما
قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم
بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما
يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره
فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة يثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار
فبعد ذلك ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم
البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف
المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا
على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق
الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على
البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي واذا قضى
بالشفعة لزمه احضار الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل
القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس

فيه فلو احضر الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي

قال فان احضر الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة

ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضرته ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل

العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما

اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله

فيفسخ البيع بحضرته اشارة الى علة اخرى وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد

من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري

بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه

تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما اذا قبضه المشتري

واخذه من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري

يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو

الخصم في الشفعة لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها

الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف

فتسليمه اليه كتسليم البايع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قايم مقام الموكل فيكتفى بحضوره

في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان وكيلا الغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد

وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها

فله خيار الرؤية فان وجد بها عيبا فله ان يردها به وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ

بالشفعة بمنزلة الشرى الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشرى ولا يسقط بشرط

البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار

عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي

عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك ولا نص ههنا فلا يتحالفان

فان اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة

المشتري

المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل

كان الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا

يتوالى بينهما عقدان الا باعتبار انفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل

لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمه الله ومن العدو قلنا

ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الشراء

هناك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة و

البينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع

بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد

وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البايع عن الثمن وهذا الحط يظهر في حق

الشفيع على ما نبين ان شاء الله ولان التملك على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن

ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل

ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك فان حلفا يفسخ القاضي العقد بينهما على ما

عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان

قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى

حكم العقد وخرج هو من البين فصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه

ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف لانه

لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع

فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن

خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط

عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا

اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل

لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى قال وان زاد المشتري للبايع

في الثمن لم يلزم الزيادة للشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها
بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى
كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه
من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع
اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي
المتقارب من ذوات الامثال قال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه
بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال وان باع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء اخذ
بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال
زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ
بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما
بين الشفيع والبايع والمبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة
وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار
كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من
البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن
مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن
حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية
وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال
حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي يوسف رحمه الله الآخر لان
حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن
حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي
اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بصحته فيما بينهم وحق الشفعة يعم الذمي والمسلم
والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما
اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق

بغير المثلي

بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل
الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذه بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام
يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب
كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء
اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف القلع
ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله
الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء والغرس لابي يوسف رحمه الله انه محق في البناء لانه
بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري
شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير
من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى
من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة
وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق
الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في
الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر
وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع
فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع
لانه متملك عليه فينزل منزلة البايع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور
من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور
عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار
ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء
من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق

نقضه للارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الغايت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له
ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة
بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان
الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن
ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي
ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه
المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما
كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس على النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني
يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فان اجذه المشتري
ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار
مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته من الثمن
قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان
الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم
لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة
في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر
والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط
وهو حجة على مالك رحمه الله في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت دفعا لضرر سوء الجوار
على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر
ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو الصحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له
فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن

طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات
ولانهما يستويان في السبب وفي الحكم فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى
والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا له او مكاتبا قال واذا ملك العقار
بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري
صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر
بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع
وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر
بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار
مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد
الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام
غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار لانه
بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى
لانه مبادلة المال بالمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع
ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان
الشفعة شرعت في المبادلة المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق
رب المال الشفعة في الربح لكونه تبعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها
باقرار او سكوت وجبت الشفعة قال رحمه الله هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او
يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها
لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء لليمين وقطعا لشغب
خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح
فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك

لانه اخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة فى الهبة
لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب
ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه فى كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا
فى العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط
الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه
زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك
عند ذلك قال وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البايع
بالاتفاق والشفعة يبتنى عليه على ما مر واذا اخذها يعنى الشفيع فى الثلث وجب البيع لعجز المشترى
عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وان بيعت دار الى
جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها وكذا اذا
كان المشترى وفيه اشكال اوضحناه فى البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع
بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية
لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية
لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل
القبض فلعدم زوال ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد
وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لانه
صار اخص به تصرفا وفى الفاسد ممنوع عنه قال فان اسقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع
وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى
فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف
ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقى الماخوذ
بالشفعة على ملكه وان استردها البايع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن
التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بيناه قال
واذا اقتسم الشركاء الدار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى

فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها
المشترى بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه
فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه وان ردها
بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على انفسهما
وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى
والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء
على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة
بسبب الرد بخيار رؤية لما بيناه ولا يصح الرؤية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة
فى كتاب القسمة انه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل فى الرضا
فيما يتعلق بلزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب
وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة وكذلك ان اشهد فى المجلس ولم يشهد
على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال واذا صالح من شفعته على عوض
بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجايز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط
وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك فى المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختارينى بالف او قال العنين لامرأته
اختارى ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس على
هذا بمنزلة الشفعة فى رواية وفى الاخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال قيل هذه رواية فى الشفعة
وقيل هى فى الكفالة خاصة وقد عرف فى موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعى
يورث عنه قال رضى الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء
القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى
البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه

للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا تزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع وهو الشفيع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينتقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذا اذا ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره وامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كان اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية واذا قيل ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه بيع نصف الدار فسلم الشفعة ثم ظهر بيع كله فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه قال واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع

جارفيها

جار فيها الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا وابتاع الباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمتها ويعطى بها ثوب بقدر قيمتها الا انه اذا استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله ويكره عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رحمه الله انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه لعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب

الآخر قال ومن باع دارا وله عبد مأذون له عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه
الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشرا وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء
بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرا دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب
الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله
كديته وقوده لانه شرع لدفع الضرر وكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه
الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه داير بين النفع والضرر وقد يكون
النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض
وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم
بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلم يصح التسليم كالاجنبي وان بيعت
باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروع لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير
وهي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا
عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع
احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى
لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة
بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا لان فيه
معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضا الدين وهذا لان احدهم بطلب
القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي
اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار التفاوت في

في المقاصد

في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضا من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي
ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما
يقسم بالاجرة ومعناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة
والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما
بالقسمة لانه من جنس عمل القضا ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهي بالامانة
قال ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود
ولانه لو تعين ليتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير
فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة
غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة
على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصبا لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة
الكيال والوزان وحفر البير المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز
وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق
الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان
كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو
العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر
الشركا عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة ادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي
حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب
القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا
ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع
لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا
انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمه باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضا على الميت
اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها

بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد
لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين
فانه يقبل البينة عليه مع الاقرار بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن
بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف الشرا لان المبيع
لا يبقى على ملك البايع وان يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا
كيف انتقل قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه
وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما
وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة
خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة للحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر
الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار
في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصب للغايب وكيلا يقبض نصيبه وكذا
لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصغير ولا بد من
اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل وان كانوا مشترين لم يقسم
مع غيبة احدهما والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه
المورث ويصير مغرورا بشرا المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت
القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين اما الملك الثابت بالشرا ملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه
فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب فوضح الفرق قال وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شي
منه لم يقسم وكذلك اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغايب
والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء
من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح
مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا
وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له

بالثلث

بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن
الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل**
فيما يقسم وما لا يقسم قال واذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهما
لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهما على ما بيناه من قبل وان كان احدهما ينتفع والاخر
يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به
فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار
بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما
ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول قال وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا
بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما
اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد
الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض
لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر
القاضي ويقسم القاضي كل مكيل وموزون كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة
وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا او برذونا وحمارا
ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا يتحقق الا بالقطع ولا ثوبين
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع بثوب وثلاثة ارباع
الثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر
لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت
في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت
فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوان جنس واحد
بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق
بالعين والمالية فافترقا اما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل

لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان
جهالة الجوهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خاتم عليها
لا يصح تسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حماما ولا بيرا ولا رحا
الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب
منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة
في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها
في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا
الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى
القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب من المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل
بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة
اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد
الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية
هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت
على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال واذا كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد
منها على حدة لاختلاف الجنس قال رحمه الله جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال
في اجارات الاصل ان الاجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل
في المسئلة روايتان او يبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى
يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز
كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب البعض فينقطع
ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا

ثم تخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله الثاني والاصل ان ينظر في ذلك
الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا
ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب عن الباقي
بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى
والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى
القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم
والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار
ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر
حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له على المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة
التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل
ولا يمكن تحقق التسوية بان لا يفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا
القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم
يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه
امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لما فيه من الضرر وبقاء
الاختلاط فيستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين والانتفاع
بجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول
كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد
امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث
يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق
بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص
باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف

الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب
والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد
طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان
لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع
طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق فلو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار
وطوله لان الحاجة يندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق
لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل
جايزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم واحد على حدته وقسم بالقيمة
ولا يعتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقسم
بالذراع لمحمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا وغير
ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة
في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا
فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال
ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل
السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى وجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربي على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو
ومنفعة العلو لا يبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير
اذ لا يمكن البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف
ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلان لان لكل واحد منهما
ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير
وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة ماية ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة

وستون

وستون وثلثان ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت ماية ذراع فساوى ماية من
العلو المجرد ويجعل بمقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثان ذراع لان العلو
مثل نصف سفل فبلغت ماية ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو
فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل ماية
ذراع من السفل المجرد وماية ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت
الكامل عنده ماية ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون
وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد
مع قولهما وقاسم القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا يقبل كمن علق عتق
عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض
لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به
لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فيقبل الشهادة عليه قال الطحاوي
رحمه الله اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا
عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما
مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت
التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع
المال الى اخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه
بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا
بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما
على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي
ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال استوفيت حقي واخذت بعضه

فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه
الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار
ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم
ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود
التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه
اقامة البينة لما بينا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على
بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما
البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي بها وان
لم تقم لاحدهما بينة تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه
لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله
تفسخ القسمة قال رحمه الله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح
ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ
القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول
محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق
بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين
وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في
نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب
احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين
ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع
المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة
لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة
اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف

المقدم

المقدم فعنده ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده
من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في
يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان
ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك
فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة
دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء
بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد
القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو
ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة
تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف
بكون المقسوم مشتركا

فصل

في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ
قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة
اقوى في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب
احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما
لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة
على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه
جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه
التاقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع
على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير
لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ
من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل

وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية
نفيا للتهمة ولو تهايا في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما
لان القسمة على هذا الوجه جايزة جبرا من القاضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم
القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها
تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايا بينهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه
جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا تسامح فيها ولو تهايا
في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز
التهايي فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان
بيع بعض احدهما ببعض الآخر جايز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري
فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز
المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال
يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة
على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة
تحملها واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد
والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال
ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت
المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل
بخلاف ما اذا كان التهايي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال
في الدارين جايز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار
الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار
الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا

يرد عليه

يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين ايضا عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع
ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى
ان يمتنع الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان
الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدارين عنده
خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان
يأخذ كل واحد منهما طايفة يستثمرها او يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع
ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة
ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جايز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من
الزرع وفي الشرع هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
جايزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ولانه عقد
الشركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي
الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم
والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله
ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله
فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام
لاهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جايز واذا فسدت عنده فان سقى
الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر
من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين
لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس
اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة
لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل

دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد ولا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل
والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم
بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع
العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما
وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط
عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء
فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي
عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر
آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر
والبذر لواحد جازت المزارعة لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها
بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت المزارعة لانه استيجار
العامل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت
الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل
وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل
بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعا
لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان
آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه
يتم شركة بين البذر والعمل فلم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البقر والبذر وانه لا يجوز
ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا
بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه
قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما مشاعا تحقيقا
لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به ينقطع الشركة لان الارض

عسى لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا
ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض
معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية لانه
معين وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر
والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر
وقسمة الباقي والارض عشرية وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما
لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا
من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج
من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد
الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن بينهما نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي
الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت
لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه
لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله
التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط
الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا
التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق
غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام
وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه بالشركة ولا شركة في غير الخارج
وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل
في الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر
لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر
قال وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار
ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال

محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمها اذ لا مثل لها وقد مرّت فى الاجارات وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردّها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذى ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا فى الاجارة وهى اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل فى موضع مملوك له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك فى منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذى ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب قيل هذا فى الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غرّه فى ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مرّ الوجه فى الاجارة ولو دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى لم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الزرع فى يد المزارع حتى يستحصد ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لان ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما فى الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو قوّم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ ولو نبت الزرع ولم يستحصد

لم يبع الارض فى الدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه فى الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد الزرع لان فى تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل فى المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لانا هناك ابقينا العقد فى مدته والعقد يستدعى العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضى فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق على الزرع وارجع بما تنفقه فى حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لم يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بيّنا والمالك على الخيارات الثلاثة على ما بيّنا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه فى المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام فى جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرطا فى العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرطاه اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله قال شمس

الايمة السرخسي رحمه الله هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل انما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ الثمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقات

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جايز اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقات هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جايزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الزرع دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان لو لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم قل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وربيعا وصيفا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك

نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة وشرطها تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقات في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بيناه قال فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا لو دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال ويبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الاخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة

الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر
وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من
الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل
فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة
التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة
في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة
في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض
على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول
سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز
استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك
العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل
الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز
ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا
في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض
ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان
في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو
اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون ذلك عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما
ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل
سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض
والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة
لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما

عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف
البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله
لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية
المنتهى وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

قال الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز
الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره
فانها تنبئ عنه ومنه قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح
فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن
والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا
آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر منه فاكتفي به
عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب
ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم
على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة
ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا
والاقلف والمجنون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي
والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا يؤكل ذبيحة المجوسي
لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم
ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه
لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه
يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه
لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم

من الصيد واطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال
والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا صنيع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف
ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم
لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية
عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل في
الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية
سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي وعند الرمي وهذا
القول من الشافعي رحمه الله مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك
التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما
انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا
ولهذا قال ابو يوسف رحمه الله والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد
ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم
يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر
النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي
ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم
والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه
فانه عليه السلام قال في اخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب
غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل
فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان
والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر
الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور
لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة
الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال

والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال
دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح
غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى الصيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال
ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى
بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احديها ان يذكر موصولا
لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد
رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود
القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول باسم الله واسم فلان او يقول باسم الله وفلان او باسم
الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فيحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان
يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وهذا لا باس به روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم
تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو
الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية
حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله
او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله
لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس
رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين
الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه
واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة
واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على

ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة
الحلقوم والمري والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي
اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله
في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع
الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا
يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان
قطع الاكثر منها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من قطع الحلقوم
والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رحمه الله الاختلاف
في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف رحمه الله
وحده وفي الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل
وان قطع الاكثر من الحلقوم والاوداج قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا
واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث
اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا
وعن محمد رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان
كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر
اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع الودجين
انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم
اما الحلقوم يخالف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس
فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من
الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود
يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا
يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع
احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع

النصف

النصف لان الاكثر باقي فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح
بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا
الذبح وقال الشافعي رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر
الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام
انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع
فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل
فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا
على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة
لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا
وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يكره او لم يوكل قال
ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان
على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم
شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه
السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت
ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين
النخاع او قطع الرأس كره له ذلك ويوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان
بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي
عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل
معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن
من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس

زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه
في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان ينخع الشاة
قبل ان تبرد يعني يسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا
ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا
قال يوكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق
حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا
جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لوجود الموت بما ليس
بذكاة فيها قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم
فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة
الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم
في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله لا يحل بذكاة
الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش
من النعم وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان
ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها فلا عجز
والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن نفسهما فلا يقدر على اخذهما
وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند حل اكله قال والمستحب في الابل النحر
فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره الا
لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة
السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال
ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام ذكاة

الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض
ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد
على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن
ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوان حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك
يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية
له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل
بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل
في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من
الحرة ولد رقيق

فصل

فيما يحل اكله وما لا يحل قال ولا يجوز
اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام
نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله
عليه السلام من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول
سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب
جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يتعدى شيء
من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون
الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره وكذلك القنفذ
واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما
ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع
الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة رحمه الله
لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكره
لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والزنبور والسلحفاة
والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام

نهى عائشة رضي الله عنها عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في
اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبايث الحشرات ولهذا لا يجب
على المحرم بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال
ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي
عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
لا باس باكله لحديث جابر انه قال نهى رسول الله عليه السلام عن لحوم الحمر الاهلية
واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا
يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر رضي
الله عنه معارض بحديث خالد بن الوليد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهية عنده
كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه والاول اصح اما لبنه فقد قيل لا باس به اذ ليس فيه
تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لانه عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا
وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح
ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الادمي لحرمته
والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا توثر في جميع ذلك لانها توثر
في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي
ولنا ان الذكاة موثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد
واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل
لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل

وقيل

202

وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل
قال ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلاق جميع ما في
البحر واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق
ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه
لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك
ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله
عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور
فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى
محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا
ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال
قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا باس به لاطلاق
ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا
فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته
مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا باس باكل الجريث والمارماهي
وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد الا ان يقطع
الاخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق
به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه
عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا
عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات
من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه
اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي

ويتشعب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التأمل يقف المبرز عليها
سيما اذا قطع بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته باقية وما
ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده
الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وزفر والحسن واحدى
الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول
الشافعي رحمه الله وعنه انه ذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف
وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره
شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت
على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه
الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا
الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها وذلك يؤذن
بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود
ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر
استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة
فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام
في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا
بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا
من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت
وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن
نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بينا وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به

كما

كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ويروى عنه انه لا تجب عن
ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه
ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا
تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر
وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير
والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية
من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة
بعده تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح
ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال
ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس
ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه
بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام
البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على القياس وتجوز
عن ستة او خمسة او ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن سبعة
فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا
كان نصيب احدهم اقل من السبع لا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة
في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن اهل بيت واحد
وان كانوا اكثر من السبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله
عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه قيم
اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة
وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز
ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز بالشركة فقسمة اللحم

بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع
والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه
ثم اشرك فيها ستة معه اجزأهم استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول
زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشراك هذه
صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء
وقت البيع وانما يطلبهم بعده وكانت الحاجة ماسة اليه فجوزناه دفعا للحرج
وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل
الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يكره الاشراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر
اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين
وعن علي رضي الله عنه قال ليس على مسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية
يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام
العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح
قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة
المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية
غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد
لان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي
ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد
الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد
والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة
المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر
وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي
ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل

اعتبارا

اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر
من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا
لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذلك على هذا عكسه وقيل هو
جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال
الشافعي رحمه الله ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا
ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا
بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو
الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل
وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها
تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق
بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فيفضل
عليها ولانه يفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى في الاوقات كلها فنزلت منزلة
الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على
نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى
او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا
فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة يقضي بعد فوتها
ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي
الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء
البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي
ولا تجزي مقطوع الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا
العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن
قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر

حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا واختلفت
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من
الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزء وان كان اكثر لم يجز لان الثلث
ينفذ الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر
كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى
الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف
رحمه الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو
اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي اباحنيفة
فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي
قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو
عن ابي يوسف رحمه الله ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا
يشد العين المعيبة بعد ان لا يعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف
اليها قليلا قليلا فاذا راه من موضع اعلم على ذلك المكان ثم يشد عينها
الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راه من مكان اعلم عليه
ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فا
فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق
به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي
عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة
وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف
لا يجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في
اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي
التي لا اسنان لها عن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة
وعنه انه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي

التي

وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز لان هذا الان مقطوع اكثر
الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا
اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة
ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه
هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين به
وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان النقصان
كان نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر
مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت
الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها
فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما
وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره
عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل التضحية بغيرها
من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضوان الله عليهم قال ويجزئ من ذلك
كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزئ لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا
الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت
الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا
يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب
الفقهاء وذكر الزعفراني رحمه الله انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة
ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من
جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا
نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها

فمات احدهم قبل يوم النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان
شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة
تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها
كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا
الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه
السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس
من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في
حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان و
القياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز
عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف
الاعتاق لان فيه الزام الولاء الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد
جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم
لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من
لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل
لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا وتصدقوا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان
يوكله غنيا قال ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل
والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا
قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة يستعمل في البيت كالنطع والجراب
والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع
بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل
ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع
بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع
الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت

الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما
البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية
لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار
منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف
الاضحية فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف
ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع
به كما في الصوف والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان
كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان
يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي واشهدي اضحيتك فانه يغفر لك
باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل قربة وهو
ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته
ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا قال واذا غلط
رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان
واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا
يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان
على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة
اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب
عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا
بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه
يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها
فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به
قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به
وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل دابته

فعطبت كل ذلك بغير اذن المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر
والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة
عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد
هو النار فيه فطبخها او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت
فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا
لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما
اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر رحمه الله بعينها ويأتي فيه القياس
والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه
لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما
لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا
فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم
فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن
اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز
عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه
بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه
حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة رحمه الله
يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل
وتأويل قول ابي يوسف رحمه الله انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم
في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال
ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال
والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر
في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال
نهانا عنه رسول الله عليه السلام واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان
ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين
وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء
لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب
والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس
باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله
يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان
من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء
المفضض عند ابي حنيفة رحمه الله والركوب على السرج المفضض والجلوس
على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه
يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج
موضع الجلوس وقال ابو يوسف رحمه الله يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة
ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب بهما واذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل
المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا
كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب وفضة على هذا وهذا الاختلاف
فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء
من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي
حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير
والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا
او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله
لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين

يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير
ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل
اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية
والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هولاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود
على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يودي الى
الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه
ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال
ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان
المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يودي الى الحرج
فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج
اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل
الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف
المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملات الا بعد قبول
قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله
فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر
الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق
راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء
حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا يحرى فان
كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط
احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري مجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب
يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم
بعد الوضوء لما قلنا ومنها طهارة الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل
وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة

لعبا

لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت
وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم
فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجب الاقامة وان
حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى
فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب
المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى
ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا يقعد بعد
الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر
لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة
على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله
ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل
للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير
والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث
آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور
امتي حل لاناثهم وفي رواية حلال لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلث اصابع
او اربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه نهى رسول الله عليه السلام عن
لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام
انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رحمه الله وحده ولم يذكر
قول ابي يوسف رحمه الله وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في
ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة وزي
الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط

عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فقد حرير ولأن القليل من الملبوس مباح
كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف
قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي أنه عليه
السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه
أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا فصل
فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح إلا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير
ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يلبسون
الخز والخز مسدى بالحرير ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة
فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون
بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الثوب ملبوس والحشو
غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا بأس به في الحرب
للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة لما بينا ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنه في معناه إلا بالخاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما
جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم
إلا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى
رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال ما لي أجد منك رائحة
الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل
النار ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ
ليس له ثقل الحجر وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب
على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن
التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة الختم أو النموذج

وقد

وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا
معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف
النسوان لأنه تزين في حقهن وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم
وأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال ولا بأس بمسمار الذهب
يجعل في حجر الفص أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له
ولا يشد الأسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما أن
عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي
عليه السلام بأن يتخذ أنفا من ذهب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأصل فيه التحريم
والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم و
الضرورة فيما روى لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن قال ويكره أن يلبس
الذكور من الصبيان الذهب والحرير لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس
حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال ويكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها
العرق لأنه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها وقيل إذا كان
عن حاجة لا يكره وهو صحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس
بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك
من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقد روي أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض
الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل** في الوطء والنظر والمس قال
ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد
موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولأن في إبداء الوجه
والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص

على انه لا يباح النظر الى قدميها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه مباح لان فيه بعض الضرورة

وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة

قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه

السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك

يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم

وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان

اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة

لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى و

المحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على

كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى

فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر

رضي الله عنه كان يدخل بعض القبايل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح

العجايز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز

رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان

لا يامن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا

كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي

اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها و

ان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء و

اداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء

الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة

اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة

بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان

علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما و لان

المقصود

المقصود اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها

للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم

يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع

لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز

للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز الاحتقان

للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه امارة المرض

قال وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه

السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز

ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي

رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر

وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل

الكماري رحمه الله معتمدا فيه العادة ولانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى

ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن

علي رضي الله عنه سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك

اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله

يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى

ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج

وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة

ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه اذا امنت الشهوة منه لاستواء الرجل والمراة في النظر

الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي

بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر

رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل

اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة

وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك
اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت
من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق
في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من
الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا
الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر
المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال
يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال
وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر
الى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك
الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح
فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك
يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى
ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات
محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها
وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك
الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر
والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض
من غير استيذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم
النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة
فقلما يشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا ينكشف عادة والمحرم من لا يجوز

المناكحة

بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والصاهرة لوجود المعنيين
فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا باس ان يمس
ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية
بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة
متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس
لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما
البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة
بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها
او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل
فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال
فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا
امنا الشهوة فان خافها على نفسه او على نفسها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك
بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها تمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب
كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال
وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها
وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال
المراة داخله في حق المحارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها
بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها
خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في
المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام
الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها
والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة في الاركاب والانزال
اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا باس

بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير
ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة
ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء
يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد
ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت
تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح
ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث
في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل
فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا
الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي
رحمه الله لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير
استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة
والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما
لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير
اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة
الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء
للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا
لا ينقص حق الحرمة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرنا
في النكاح **فصل** في الاستبراء وغيره قال ومن اشترى جارية فانه
لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبريها والاصل فيه
قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى
حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو

استحداث

استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف
عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك
عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب
ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو
الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها
وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم
عليه تيسيرا وكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم
الى ساير اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك
وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطيها
وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون
الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزى بالحيضة التي اشتراها
في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث
الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزى بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي
وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها
شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم
الان والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزى بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية
او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها
بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة
الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة وردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة
لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا
وعدما ولهذا نظاير كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي
حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع

بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة
فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق
الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا يحرم لانها
لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف
المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات
الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة فاذا حاضت في
اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
لما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع
عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة
وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة اعتبارا بعدة الحرة
او الامة في الوفاة وعن زفر رحمه الله سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا
الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البايع لم يقربها
في طهرها ذلك وقول محمد رحمه الله فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري
حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البايع
قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها
ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا
لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان
وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي
للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي
المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد
شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض

الحرج ولا كذلك ما عدداها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل
وهو صايم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما
بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يملك فرج الاخرى من غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع
بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما
في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على
ما قررناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احديهما
ولا ان ياتي بالدواعي فيها فكذا اذا قبلهما او مسهما بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة
لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى من غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه
فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بساير اسبابه بيعا
او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من
احديهما كاعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت
حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها
لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما
نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب
العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي
الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل
امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره
ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا باس بالتقبيل والمعانقة
لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين
عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة

وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار
واحد اما اذا كان عليه قميص وجبة لا باس بالاجماع وهو صحيح قال ولا باس
بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك
يده تناثرت ذنوبه **فصل في البيع** قال ولا باس ببيع السرقين
ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه
نجس العين فشابه بيع العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به
لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف
العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح
وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط
بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فراى
اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها
لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف
كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي
لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع
له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها
لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر
ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره
صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني
لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد
فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا
معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فح
يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك

لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها
حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبر ان مولاه اذن
له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام
الحاجر فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها
ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه او لا الا ان
اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا
منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس بتزوجها وكذا
اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي ثم طلقني
وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية
كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان
فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم تقبل قوله حتى
يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي
مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك
عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار
فساده فثبت المنازعة بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها
ارتضعت من امه او اخته حيث تقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازعة فافترقا وهذا الحرف يدور
الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت
لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازعة
وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين
فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق
ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على
ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق

الذي تملكه البائع فيحل الاخذ منه ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان
ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به
والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به
حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره
اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان
المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل
لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا
لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر
بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب
فابو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رحمه الله
اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا
طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما
لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى وبرئ
الله تعالى منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر
في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص
القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل
ان التجارة في الطعام غير محمودة ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر
فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا يرى ان له
ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق
العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه الله يكره
لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه الله كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة

فناء المصر ويحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم يجر العادة
بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه
السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره
فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي
هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن
الاحتكار فان رفع مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان
ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين
الا بالتسعير فح لا باس به بمشورة من اهل الراي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل
عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على
الحر وكذا عندهما الا ان يكون على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير
مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف
في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام
وهذا كذلك ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه
تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك
لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم
انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة
لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع
فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك
لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم
ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فيقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد
لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر
الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة
فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل

لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ويكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن
في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار
وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع اراضيها وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا باس ببيع اراضيها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلام الا ان مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء
الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها
فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله
عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب
على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره
ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا
وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي
ان يستودعه ثم يأخذ منه ما يشاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك
لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول
ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط
ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه
فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن
فيكون حسنا ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه
بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد
الحرام وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله يكره في كل مسجد
للشافعي رحمه الله قوله عز وجل انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

وكان

ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل غسلا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد
وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث
المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم
في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا
الصنيع وهي مثلة محرمة قال ولا باس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة
البهيمة والناس وصح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه
من فتح بابه قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك
وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك
بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود
وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف
انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله لانه ماثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من
دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم
وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع
ويكره ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على
الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها
فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن
باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي
رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير
ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام
ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته وان لم يقامر لا يسقط لانه
متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله

قيل هو نبي يستعمر اليهود

باسًا لتشغلهم عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته
واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهدية الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي
القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل
هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة
واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه
الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء
الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له
واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي
كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر
ما كان من ضرورة مال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاضغار وذلك جايز
ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع
فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض
كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل
لان اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر فصار بمنزلة الانفاق قال
ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك
اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا
فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه
ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان
يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده
لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال
ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق
بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام
ولا باس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه

الى اليمن

الصغار

٣٧١

وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال
وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة
وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء
طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه
اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل
الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء
عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر
اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول
السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ
في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق
سنة ثم عزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة
بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد ولا باس بان تسافر الامة وام الولد
بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم
على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء
عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي به لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا
لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف
انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره
القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا
لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي
لا يكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن
الزراع نقصانها والبعد من القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان
ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر

انقطاع ارتفاق اهل القرية عنه حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رحمه الله ثم من احياه باذن
الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى
ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
للشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به
بدون اذن الامام كما في ساير الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم
لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج ولو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها
لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول
ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك
وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة
نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها بالاحياء
لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء
سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير
اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها
الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث
العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء
ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع
الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من
زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه
بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي

هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد
ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها
من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها
من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين
وفي الاخير ورد الاثر ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان
احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة
البناء وكذا اذا بذرها ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية
ومطرحا لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلها على ما بيناه فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا ومن حفر بئرا
في برية فله حريمها معناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده وبغير اذنه عندهما
لان حفر البئر احياء فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام
من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب
والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت
للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لهما قوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون ذراعا
ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه
بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله
والعمل به اولى ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق
به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى
من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير
حول البئر فلا يحتاج فيها الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة

ذراعا لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجرى
فيه الى المزرعة فلهذا تقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه
خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا فى العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل
وقيل ان التقدير فى البئر والعين بما ذكرناه فى اراضيهم لصلابة بها وفى اراضينا
رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثانى فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر فى
حريمها منع منه كيلا يؤدى الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك
الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف فى ملكه فان احتفر آخر بئرا
فى حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثانى فيه قيل له
ان ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه
يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا
هو الصحيح ذكره فى ادب القاضى للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب فى
الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد وان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير
اذنه عندهما والعذر لابى حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجرا وهو بسبيل منه بغير اذن
الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفره
فى ملك غيره وان حفر الثانى بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شئ عليه لانه غير
متعد فى حفرها وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر
الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم
وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر فى التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر
قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة
تغرس فى ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا فى حريمها لانه يحتاج الى
حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث وما ترك الفرات او دجلة
وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز

ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما العامر لانه ليس فى ملك احد لان قهر
الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم فى يد الامام ومن كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم
عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
له مسناة النهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا فى
ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم
لحاجته الى المشى لتسييل الماء ولا يمكنه عادة فى بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى
مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه
وفى البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء
فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيعتذر
الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول
لصاحب اليد وبعدم استحقاقه ينعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما
نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه
الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة
لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن فى يده
ما هو اشبه به كاثنين يتنازعان فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الاخر معلق على باب
احدهما يقضى للذى فى يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء
ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا
ماء نهره فالاخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل
ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه
مسناة ولاخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة فى يد احدهما فهى لصاحب الارض
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة فى يد
احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس

لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس
لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على
الخلاف وقيل لصاحب النهر ذلك مالم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر
عنه وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله اخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في القاء الطين وعن ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب
وعن محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من جانب وهذا ارفق بالناس **فصول**
في مسائل الشرب **فصل** في المياه قال واذا كان لرجل نهر او بئر او
قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم
ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي
الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه
شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات وللناس
فيها حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيى واحد ارضا ميتة وكرى
منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في
الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر
عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى و
الاراضي وعلى هذا نصب الرحا عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا
دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث
في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة
لان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان
في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه
لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا
احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة

ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني
وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت
فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع
يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان البئر او العين او النهر او الحوض
في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد
ماء اخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر
اما ان تعطيه الشفة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن
الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفر
في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك
فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش
له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح
غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا
الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير السلاح لانه
ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله
بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل
لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة
الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج
وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل
وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة
الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق
بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به

لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في اناء **فصل** في كري الانهار الانهار ثلاثة
نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك
دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة وهو
خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة
الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوايب
فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة
اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم
الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه
بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة
يعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا
للضرر العام عن العامة وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله
عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام
كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري
لانه معلوم واما الثالث فهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل
يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه
عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان
بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك
عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا
في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولابي حنيفة ان المقصود من الكري
الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب
المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه

بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز
فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رايا في اتخاذ
الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت مؤنته قيل له
ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه
نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون
ولانهم اتباع **فصل** في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه
قال ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض
ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح الدعوى واذا كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه
ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول
قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه
قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له باثباته
بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او
الميزاب والممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر
بين قوم فاختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود
الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق
وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب
حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب
بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا
على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من
ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس
لاحد ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ما الا برضا اصحابه
لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى

لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه يتصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر الضفة وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقص ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها من فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي

الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهما ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في الطريق ولو اراد الاعلى من الشركاء في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخرى وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب بينهما مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حيث يجب مهر المثل ولا في الخلع حيث يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما حال حيوته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

قال سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير

وَنَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السَّكَرُ وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَا فَامَّا الخمر فالكلام فيها
فى عشرة مواضع احدها فى بيان ماهيتها وهى النى من ماء العنب اذا صار
مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة وعند اهل العلم وقال
بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وقوله
عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين اشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق
من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطلاق
اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره غيره ولان
حرمة الخمر قطعية وهى فى غيره ظنية وانما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل
على ان ما ذكرتم لا ينافى كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور
ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث
الاول طعن فيه يحيى بن معين والثانى اريد به بيان الحكم اذ هو اللايق
بمنصب الرسالة والثانى فى حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره
فى الكتاب قول ابى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف
بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر
فى الفساد ولابى حنيفة رحمه الله ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف
وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر واحكام الشرع قطعية منوط بالنهاية
كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يوخذ فى حرمة الشرب بمجرد
الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف
عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل
الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه
رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبى
عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو
الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار

منه بخلاف ساير المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى
حكمه الى ساير المسكرات والشافعى رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد
لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل فى الاحكام
لا فى الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلايل
القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعى
والسادس سقوط تقومها فى حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها
ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا
فى سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها
ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل ان ياخذه ولا للمديون
ان يوديه لانه بيع باطل وهو غصب فى يده او امانة على حسب ما اختلفوا
فيه كما فى بيع الميتة ولو كان الدين على ذمى فانه يودى من ثمن الخمر والمسلم
الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جايز والسابع حرمة الانتفاع
لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفى الانتفاع
به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام
من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقى الجلد مشروعا وعليه انعقد
اجماع الصحابة وتقديره ذكرناه فى الحدود والتاسع ان الطبخ
لا يوثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه
لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل فى النى خاصة
لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعى
رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام فى الخمر
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخه

ويسمى الباذق والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا
اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي
انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق
ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم دفعا للفساد المتعلق به واما
نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال
شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا
امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ
كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون
منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل
الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر
مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة
في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما
شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده
يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف
دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا
هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما
يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة

من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد
شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة
وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة
يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة
رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد
بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض وجهه
ان بقاءه في هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته فكان اية حرمته ومثل
ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة
على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره
وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع
عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ الزبيب والتمر اذا طبخ
كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه
انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى ولا باس بالخليطين لما روي
عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى
اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك وقال ما زدناك على عجوة
وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع
الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان
ذلك في الابتداء ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير
حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان
من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار

الى الكراهة والتخلل خص للتحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه
لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره
كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد و
قد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رحمه الله
فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون
عليه في زماننا اجتماعهم على ساير الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ
من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح
انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه
فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
حلال وان اشتد وهذا قول ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي
رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي
لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه
انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر حرام وقوله
عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما
اسكر الجرة فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما
قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها
قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا
وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه
والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث
الاول غير ثابت لما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة

حكمه

حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير
ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما
فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة
في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ
وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر
ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب
ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب
ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع
التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان
ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ
النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب
جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه
ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت
والنقير لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية
فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر
وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد
تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر
عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله
يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف
رحمه الله يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم
بطهارته واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح
فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل

الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه
فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول
والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان
بالتخليل يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين
الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام المفسد فاشبه الاراقة
والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا
وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا
اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي
والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان
يداوي به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي
والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا
قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل
لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا ولا يحد
شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب
جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان
ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر لان الغالب عليه
الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها
في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب
ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه
الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل

في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل
كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير
طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلاثة
فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير
تسعة فيكون ثلثها ثلاثة والاصل الاخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ
ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار
ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني هو العصير
فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كان يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها
ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير
فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق
من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول تطبخ حتى يبقى تسع الجملة
لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة ودفعات
سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان
يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه
كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضرب به
في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان
ينصب منه شئ فما يخرج من القسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير
طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة
وثلث وتضرب به فيما بقي بعد المنصب وهي ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين
على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شئ وذلك تسعة
فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال مما بقي منه
رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق اخر وفيما اكتفينا به
كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير

الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرما وقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك
على نفسه وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على
كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع
اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من
اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب
فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي فصل
في الجوارح قال يجوز الاصطياد وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته
من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير
في سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين
فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي بن حاتم واسم
الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه
استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد
لعلو همته والذئب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير
مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان
ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال
ولانه انما يصير الة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله
ويمسكه عليه وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم
البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس
رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب
يحتمله فيضرب ليتركه ولانه اية التعليم ترك ما هو مالوفه

عادة

عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو
الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل و
الاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه
مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل ذلك على انه صار عادة له
وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة
الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير يقع امارة على العلم دون
القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله
على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه
معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض
الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير
معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى
وله انه اية تعليمه عنده وكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك
المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة
قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله واخذ الصيد
وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه
ولان الكلب او البازي الة والذبح لا يحصل بمجرد الالة الا بالاستعمال وذلك
فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده
ولو تركه ناسيا حل ايضا اكله على ما بينا وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبيحة
ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح
في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الالة اليه بالاستعمال
وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو

من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه
ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا
الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل
وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه
من حديث عدي وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة
ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لم يوكل
هذا الصيد لانه من علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما
على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل
فما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في
المفازة بعد يثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده
خلافا لهما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد
تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله
لان المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا
وله انه اية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان
ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل
فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك
للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك
عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها
يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب
الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل منه فصار
كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه

بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك
الصيد فقتله ولم ياكل منه لا يوكل لانه صيد كلب جاهل اكل من الصيد
ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك
البضعة فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره
فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل
في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولانه نهس البضعة قد يكون
لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه
فالاكل على جهله قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه
فان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على
الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل
موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن
من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه
لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر
انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن
اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة
والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة
مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة
لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم تفصيلا وهو
انه اذا لم يتمكن لفقد الالة لم يوكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا
اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل
لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت

وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يوكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل
الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا
ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة
والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم
استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان بحال لا يعيش مثله
لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح
يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذ فان
كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان
لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم يثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه
فذكاه يحل لانه ان كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان
لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد
وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل
وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار
ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به
اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسل على صيد
كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان
الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد
فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير
مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق
الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهودا فكمن
حتى يستمكن ثم اخذ الصيد يقتله يوكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا
استراحة فلا يقطع الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب
صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال

قايم

قايم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصاب به واصاب اخر ولو قتل الاول
فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال
بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل
بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يوكل وهذا اذا لم
يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا
معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يوكل لوقوع الشك في
الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل لان
الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرنا وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة
فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم
ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي
او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يوكل لما روينا في حديث عدي رضي
الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده
عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ
وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره
لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة ويتحقق من فعل الكلب
لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد
على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون
الصيد حتى ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع
بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم
كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح
عليه وبالانزجار اظهار زيادة الكلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او هو
مثله كما في نسخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولو ارسل مجوسي

فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة
فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا
فى هذا بمنزلة المجوسى وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس
باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه
من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى
فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله
الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا
والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيد به والحرمة حالة الارسال
فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثانى بعد الخروج عن الصيد به بجرح
الكلب الاول

فصل فى الرمى

ومن سمع حسا ظنه حس (اى صوتا خفيا)
صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد
حل المصاب اى صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابى يوسف رحمه الله انه خص
من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت الاباحة فى شئ
منه بخلاف السباع لانه يؤثر فى جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما لا يؤكل
لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص
بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح فى نفسه واباحة التناول ترجع
الى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله فاذا
وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمى او
حيوان اهلى لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذى يأوى
البيوت اهلى والظبى الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر
الطائر ولا يدرى وحشى هو او غير وحشى حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش
ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل

فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل فى رواية عن ابى يوسف
لانه صيد وفى رواية اخرى لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه
آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعيينه واذا سمى الرجل عند الرمى
اكل ما اصابه اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمى لكون السهم آلة له فيشترط التسمية
عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة
على ما بيناه وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها فى الفصل
الاول فلا نعيده ثانيا قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل
فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روى عن النبى
عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الارض قتلته
ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى ان يحل اكله لان الموهوم فى هذا كالمتحقق
لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام فى طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه
ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله والذى
رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة
لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب فى ارسال الكلب فى هذا كالجواب
فى الرمى فى جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع فى الماء او وقع على سطح
او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل
الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال ويؤيد ذلك قوله صلى الله
عليه وسلم لعدى رضى الله عنه وان وقعت رميتك فى الماء فلا تاكل فانك
لا تدرى ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن
الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن
التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحل والحرمة اذا اجتمعا وامكن التحرز عما
هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه

جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فما يمكن التحرز عنه اذا وقع
على شجر او حايط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من
موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة
قايمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز
اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة
موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء
وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يوكل لاحتمال الموت
بسبب اخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة
الانشقاق وحمله شمس الايمة السرخسي رحمه الله على ما اذا اصابه حد
الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه
من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح
وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست
لا يوكل كما اذا وقع في الماء وما اصاب المعراض بعرضه لم يوكل وان جرحه اكل
لقوله عليه السلام ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه
لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمنا **قال** ولا يوكل ما اصابه
البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق
وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله
وان كان الحجر خفيفا وبه حدة فانه يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا
وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة
حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان راسه
او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او
لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه
تقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا باس

لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا
الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما
وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه
بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض
السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات
بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند
بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة كبيرة او صغيرة لان الدم قد يحتبس لضيق
المنفذ وغلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر
الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة يحل
بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل
منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب
السهم ظلف الصيد فقطع او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد
بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يوكل
العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار
فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت
لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي
مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي
حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا
اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة
قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان
لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل
ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك
بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما

ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم
فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم
او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة
في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه
او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم
بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت
الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها
يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا
ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب
صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات
حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه
لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم
ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني
واليهودي لانه من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا ومن رمى صيدا فاصابه
ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ
وقد قال صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة
على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو
منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم
منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه
يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي
الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح
بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية

لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر
من الحيوة معتبرة عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير
ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو
منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم
ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال
لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول
منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل
من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح
حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل
بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا
بجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما
الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني
فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه
ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم
الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة
جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز
اصطياد ما يؤكل من الحيوان وما لا يؤكل باطلاق ما تلونا والصيد لا يختص
بمأكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي
الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع
شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

قال الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا

حق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما
روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد
على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء معتبر بالوثيقة في طرف الوجوب
وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن
الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم
على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال
من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن
لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في
الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد
مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل
لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع
الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح واذا قبض المرتهن الرهن محوزا مفرغا
متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فيلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء
سلمه اليه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله فاذا
سلمه اليه وقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين
بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال
ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا
بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس
الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما
قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون
مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن

على ما

على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان
الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس
الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق
الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك
ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون
عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت
الاستيفاء من وجه وقد يتقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف
حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء
الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة
المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض
الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب
العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضرورته
كما في الحوالة والحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على الاصلين هذين
عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن
ممنوع من الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام
وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وستأتيك البواقي في اثناء
المسائل قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء
يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة
بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة
ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة بها وان كان لا تجب
الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض

فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة
المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته
ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء كان المرتهن مستوفيا
لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت قيمة الرهن اقل سقط من الدين بقدره
ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون
بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن
على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن
ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر
الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله ابن مسعود رضي عنهما ولان يد المرتهن
يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة
مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد
فيما روي حال البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن
لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي
يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن
لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه
يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر
الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية
كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد
الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن
كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان
الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف

احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان
الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع
المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف
المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه
فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه
وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل لان الذي يتولى
قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيرجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن
لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر
باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد
الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء
الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها
كما لا بد من احضار كل الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن
فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يدي عدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء
المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على
يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب
المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على
قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل
بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال
هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد
توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به وان كان
الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم
الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية اعتبارا بحبس المبيع واذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع

من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه
لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب
رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين ولو هلك
فى يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن
لا باستخدام ولا بسكنى ولا بلبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع
وليس له ان يبيع بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية الا
بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى
قال رضى الله عنه وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله
معناه ان يكون الولد فى عياله ايضا وهذا لان عينه امانة فى يده فصار كالوديعة
وان حفظه بغير من فى عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف وقد بينا
جميع ذلك بدلائله فى الوديعة واذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمن ضمان الغصب بجميع
قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانة تضمن بالتعدى ولو رهنه خاتما
فجعله فى خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن
بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله فى بقية الاصابع
كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة وكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان ان
لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها
لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين
فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس
خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذى يحفظ فيه
الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ قال واجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن والاصل
ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل
او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته

عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه واجرة
الراعى فى معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد
الرهن وكرى النهر وسقى البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان
لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان
الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت
الذى يحفظ الرهن فيه وهذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله ان كراء
الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه
على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة
الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن
اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد
لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك
وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة
الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل
انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجرح والقروح ومعالجة
الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن
خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه
بالعين ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق
وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على
الآخر بامر القاضى رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضى عامة وعن
ابى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضى وقال
ابو يوسف رحمه الله يرجع فى الوجهين وهى مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه

والارتهان به وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعى رحمه الله
يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء

وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو
تعينه للبيع ولنا ان موجب الرهن هو الحبس الدايم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص
او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك معلق بالدوام
ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من
المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا
يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة
وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع
لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول
الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع
الطارى يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان
حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع
اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع تقبل حكمها
والملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة
البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن
قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض ولا رهن النخيل دونها
لان المرهون متصل بما ليس هو بمرهون خلقة وكان في معنى الشاع وكذا اذا رهن
الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم
بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه
لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون
الشجر جايز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف
ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهي
مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي
لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل

تبعا لتصحيح العقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جايز فلا ضرورة الى
ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار
من غير ذكره لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض
ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار
والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء
الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد
الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء
المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل
لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة
مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على الدابة
او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه
منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من
ذكره لا يصح الرهن بالامانات كالوديعة والعواري والمضاربات ومال الشركة لان
القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان
ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البايع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البايع
فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة
عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن
بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان
رهنا بما هو مضمون فيصح والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق
ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان مستقبل
لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم
والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب

فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين
الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن
حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة
ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض
على سوم الشراء فيضمنه وتصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة
وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون
بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك
الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن
مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض
حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير
مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا
براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا
بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه وان كان محبوسا
بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ
المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى
عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في
المشترى يهلك بقيمته ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر
وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس
وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطاء لان استيفاء الارش
ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشترى ولا بالعبد الجاني والعبد

المديون

٢٩١

المديون لانه مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية
حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا
او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا
فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها
بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانه مال متقوم في حقهم اما الميتة فليس
بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى
عبدا ورهن بثمنه او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة المذبوحة
ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته
رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح
عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه
فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير
لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة
الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة
الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز
ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر
وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض
يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقائه ملكه فوضح الفرق
واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب
او الوصي موفيا له فيضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلط المرتهن
على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسئلة البيع فان الاب
او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمن للصبي عند هما
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يقع المقاصة وكذا او كيل البايع بالبيع والرهن نظير
البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له

صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته فى هذا العقد مقام عبارتين كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد ولو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولاهما فى البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن ان يرده حتى يقضى الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصى وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصى الاب ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبى والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصى معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك

على الصبى لانه غير متعد فى هذه الاستعارة اذ هى لحاجة الصبى ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبى لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه فى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون على قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدى وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن يأخذه به منه ان كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير لانه ليس بمتعدى بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصى بذلك على الصبى لما ذكرنا ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه وكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا فى الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفى الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزن عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضى الله عنه معناه ان يكون

قيمته مثل وزنه اواكثر هذا الجواب فى الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده
باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهى مثل الدين فى الاول وزيادة
عليه فى الثانى فيصير الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على
الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن
ولا اعتبار القيمة لانه يودى الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة فى الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردى جايز كما اذا تجوز به
وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا احتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب
الضمان لانه لابد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه
وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان
الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور
لان محمد رحمه الله فيها مع ابى حنيفة رحمه الله وفى هذا مع ابى يوسف رحمه الله والفرق
لمحمد رحمه الله انه قبض الزيوف ليستوفى من عينها والزيافة لا يمنع الاستيفاء
وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل اخر فلابد من نقض القبض وقد
امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففى الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته
مثل وزنه عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان
يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان
مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته
من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار
بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفى الهلاك
الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك
بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة وفى جعله بالدين اغلاق

الرهن وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة اولى وفى الوجه الثالث وهو ما اذا كانت
قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق عندهما ظاهر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر حالة
الانكسار بحال الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كانت
قيمته اكثر من وزنه اثنى عشر عند ابى حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهنا
عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا
يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل
مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابى يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس
قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن
شايعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة
ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة
فى ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفى تصرف المريض وان كانت
لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفى بيان قول محمد رحمه الله نوع
طول يعرف فى موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها ومن عبد اعلى ان يرهنه
المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة فى صفقة
وهو منهى عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد
وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم
الوجوب فان كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح
العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى
الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غايبا فحضر فى المجلس
وقبل صح فلو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله
يجبر لان الرهن اذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن

فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر
على التبرعات ولكن البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه
وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالاً
لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة
قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك
الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عنه معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة
في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة
وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك
يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه
بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة
احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم
الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء
من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد
من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل
وفي رواية الزيادات وقيل هو الاصح له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول
ان العقد متحد ولا يتفرق بالتسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد
لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما
جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها
رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع
فيه وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذه مما لا تقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا
بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله
قال فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال والمضمون على

كل

كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته
اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر لان
جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد
المشتريين حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جايز
والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن
يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه
رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه
كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان
يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد
بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي
الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما
كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه
الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت
ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون
وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان
قياسا لكن محمدا رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة
لان الباطل لا حكم له ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة
على ما وصفنا كان في يدي كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول
ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله
لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن
وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما
يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع
في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان

النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت البينتان فى حالة الحيوة وقضى بالميراث بينهم
بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن

يوضع على يد
العدل قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رحمه الله
لا يجوز ذكر قوله فى بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل
عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك فى
الحفظ اذ العين امانة وفى حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون
هو المالية فينزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع
العدل على المالك فى الاستحقاق لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع قال
وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن فى حفظ الرهن
بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر
فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن لان يده فى حق المالية يد المرتهن وهى
المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن فى حق
العين ومودع المرتهن فى حق المالية واحدهما اجنبى عن الآخر والمودع يضمن
بالدفع الى الاجنبى واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه
المدفوع اليه او هلك فى يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا فى يده لانه يصير قاضيا
ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او
عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك
ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له
لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل
فى ملك واحد ولو كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين
لو كان قائما فى يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين
البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول
الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن

ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من
اوصافه وحقا من حقوقه الا يرى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق
به حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى ولو وكله
بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم
باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره
وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة
وحق المرتهن مقدم وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيع فى حال حيوته بغير
محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت
احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه
ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برايه لا براى غيره
وعن ابى يوسف رحمه الله ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى
كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال اعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما انه لازم
بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجرى فيما له بخلاف
المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه
وما رضى ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من
الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذى فى يده
الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه وكذلك
الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثانى
ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعى
لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد
الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه
الثانى وهذا اصح وعن ابى يوسف رحمه الله ان الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده اطلاق
الجواب فى الجامع الصغير وفى الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن

قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا كان توى كان
المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد
الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك مستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ
حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم
مقام الاول لحما ودما وان باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن
وضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى
اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان
يكون هالكا او قائما وفى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب
فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم وان شاء ضمن المشترى
لانه متعد بامساكه بغير امره فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه واذا ضمن البايع ينفذ البيع ايضا
لانه ملك باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان
شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من
العهدة ونفذ البيع على المرتهن وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه
وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك
العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان
انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع
بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه فى الوجه الثانى وهو ان يكون
قايما فى يد المشترى فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى
ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من
حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى ادخله فى العهدة فيجب عليه تخليصه
واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن

لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا
رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو
ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه فى البيع على للراهن
وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد
عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن
قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما فى
الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته
عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق به
حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكر الكرخى رحمه الله
وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات
العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم او بالقبض
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان
ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه
مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه
كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك
فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار
كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابى حازم القاضى والجواب
عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال عن المرتهن
اليه كانه وكيل منه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن فيستند الملك اليه فتبين
انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى

باب التصرف

فى الرهن والخيانة وجنايته على غيره قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن
المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته كان

الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث
لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه
الراهن دينه جاز لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر
من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان
حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن
البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان
الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح
الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت له حق الفسخ انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه
في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك
الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ
لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه فصار كما اذا ابق العبد
المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل
ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان
الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع
الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع
الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه
لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي
في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت
اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق فلو اعتق الراهن
عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا
لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث
ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر

لان

لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر تقبلها اما لا تقبل الرهن فلا تبقى ولنا انه مخاطب
اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى
قبل القبض واعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد
بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك
اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر
الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله
ثم بعد ذلك ان كان موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء
القيمة يقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه فان كان الدين مؤجلا اخذت
منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي
التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان
معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر
الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان
قال رضي الله عنه تاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره
ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه
بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه
لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام
اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المشترك في حالتي اليسار
والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه
ادنى من حقيقته الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة
اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى
للبائع الا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس

اضعف لان البائع لا يملكه فى الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه فى
الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقل حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من
الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيها لسوينا بين الحقين وذلك
لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه
العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد
العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف
ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا
ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن
صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب فى جارية الابن فيصح
بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان
كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذى بيناه فى الاعتاق وان كان معسرا
استسعى المرتهن المدبر وام الولد فى جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة
فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان
على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه
وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته لانه عوض
الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى
به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا
بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه
لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم
مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يدى المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه
اجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فياخذ القيمة ويكون رهنا فى يده لانه احق بعين
الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك

قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة
وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزائدة كانها هلكت
بآفة والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن و
الدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل لان
الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن
منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل
ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة
وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض
وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو
قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا
فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك فى يد
الراهن هلك بغير شىء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان
عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال الا يرى لو هلك الراهن قبل ان يرده
على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست
بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت فى ولد
الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقى عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه
عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن
الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد
حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبى اذا باشرها احدهما
باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن
قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه

التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار
المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن
لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك
في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن
فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره
ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد
فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك
اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب
الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز
للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير
مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن
والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص
في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد
الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق
وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك
عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب
الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع
دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه
ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين
ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة
على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت

قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع
لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع
بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ
ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه
او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه
ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين
ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله
فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك
في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه
كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن
كسلامة براءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك رقبته
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته
لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه
فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه
فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما
حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك
اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير
صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه
فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع
عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت
حق لازم محترم وتعلق مثله بالمالية يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة
بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تصرفه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه

الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط
من دينه بقدرها معناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك
المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن وعلى
المرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فانها جناية المملوك
على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت الجناية
على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه
بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب
الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته
والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة
اكثر من الدين فعن ابى حنيفة رحمه الله انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في
ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن
وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن
او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال
ومن رهن عبدا يساوى الفا بالف الى اجل فنقص فى السعر فرجعت قيمته الى مائة
ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه
ولا يرجع على الراهن بشىء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين
عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين
ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى
لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء

منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شىء من الدين بنقصان السعر
بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف فى ضمان
الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان
كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق
المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشىء لان يد المرتهن
يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء الفا فيصير
مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدى
الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة
بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدى
الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه
فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن فصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هذا قال فان قتله عبد
قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع
الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء
وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا
على زفر رحمهم الله ان العبد الثانى قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص
السعر لا يسقط شىء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله
فى الخيار ان المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض
والمغصوب اذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا ولهما
ان التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر
وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن
بالدين حكم جاهلى وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه بحكم الفسخ وهو

مشروع بخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره
حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف
واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع
لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن
بشئ من الفداء لان الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن
ان يفدى قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك فى الرقبة له وانما
الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن
حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق بمعنى
فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض
كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث
يخاطب الراهن بالدفع او الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع
خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما اذا هلك فان فدى فهو رهن مع امه
على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين
الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل للراهن بعه فى الدين
الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا فى الفداء وان
لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل
دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى
هو فى ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن
بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان
دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان لم يحل امسكه حتى يحل وان
كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على احد حتى يعتق
العبد لان الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر

الى ما بعد

الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد
الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف منه مضمون
والنصف امانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع
دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به
وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدى راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس
فى الفداء ابطال حق الراهن وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا
فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدى له ذلك وان كان المالك يختار
الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر
على الراهن فكان له ان يفدى واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا
فكيف يختاره ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن
لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه على ما روى عن ابى حنيفة
انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدى وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم
فدى او دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل
الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان
له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى
ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا
قول ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله
المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبى وله
انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبى واما
اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه
ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا واذا مات الراهن باع وصيه الرهن

وقضى الدين لان الوصى قايم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية
البيع باذن المرتهن فكذا الوصية فان لم يكن اوصى نصب القاضى له وصيا وامره
ببيعه لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم و
النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى ماله من غيره وان كان
على الميت دين فرهن الوصى بعض التركه عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين
ان يردوه لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمى فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقى فان
قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم
اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقى وبيع فى دينه لانه يباع فيه قبل الرهن
فكذا بعده فاذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه
قال رضى الله عنه وفى رهن الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا ان شاء الله

فصل ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى
عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية
فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا
فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا
تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوى درهما
فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه
بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع
لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك
على ما بينا ومن مشايخنا رحمهم الله من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال
ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه
ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه فان هلك هلك
بغير شىء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
وان افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك

لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة يصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى
وقته والتبع يقابله شىء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل سقط من
الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل
على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى وتمامه فى الجامع والزيادات ولو
رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك
حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط
والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شىء من الدين لانه اتلفه
باذن المالك فاذا لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب
وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن
تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن
اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة
اذا اذن له الراهن فى اكله وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس ويجوز الزيادة
فى الرهن ولا يجوز الزيادة فى الدين عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا
به وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة فى الدين ايضا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز
فيهما والخلاف معهما فى الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه فى البيوع ولابى
يوسف رحمه الله فى الخلافية الاخرى ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن
كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما فى البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان
ولهما وهو القياس ان الزيادة فى الدين يوجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع عندنا
والزيادة فى الرهن يوجب الشيوع فى الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا يرى انه
لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع فى الدين والالتحاق باصل العقد
غير ممكن فى طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن
وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد فى بدلى العقد بخلاف البيع لان الثمن
بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين

على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة
يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة
ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا لقيمتهما في وقت الاعتبار وهذا لان
الضمان يثبت في كل واحد منهما بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض
واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف
فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة
مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد
وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت
على الام **قال** فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف
رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده على الراهن والمرتهن في الاخر
امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما
باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول
في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا
رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن
على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر
جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان
الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن
تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن
عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ
المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء
استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث
منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا لو ارتهنت المرأة رهنا بالصداق

فابرأته

فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها
ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في
الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده
يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع
بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط
لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو
في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا
اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن
المرتهن على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة
بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما في ذمته
يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا
على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه
فيكون الجهة باقية

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ
والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما
اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان
العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا
فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد الاجماع **قال** والقود لقوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود
اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع
لها دون ذلك **قال** الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا
وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رحمه الله الا ان له

حق العبد ولي المال من غير رضاء القاتل لانه يتعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول لواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها اليه في الخطاء وكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رحمهم الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف وكان عمدا موجبا للقود وله قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة وكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليط من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل لا جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك

وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطا واصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم يتقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في ملك غيره لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص

ومالا يوجب قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد لينتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بخلاف العبد بالعبد لانهما

يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص
يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين
العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال
والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر
ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى
ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف
او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد
بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة ولا يقتل بالمستأمن
لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع
ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل
استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع
القصاص وظهور التقاتل والتفاني ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد
الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه
سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في الصف
الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد
من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل
الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل
الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص
ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصا
على ابيه سقط لحرمة الابوة ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله
يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب

اليد استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم
واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه
سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره
بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا
ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب
لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين
يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى
لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا او الوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف
بين الصحابة رضوان الله عليهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى
متعين فيهما وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص في قولهم جميعا لانه مات عبدا
بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء لان العتق في البعض
لا ينفسخ بالعجز وان قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان
المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس
شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه
وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي
بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج
تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل
وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل
منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب
بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب
لا يملكه لما فيه من الابطال فهذا اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف

كالا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك
بها مسالك الاموال فانما خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف وكان استيفاؤه بمنزلة
المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان
والقاضي بمنزلته فيه ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن
استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا
كان بين الكبيرين واحدهما غايب او كان بين المولَيَين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى
وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح
بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغايب ثابت ومسئلة المولَيين ممنوعة ومن ضرب
رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله
عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد
فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه
انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان
واما اذا ضربه بالعود فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى
لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله
على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقيل بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة
الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمد به فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان
قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل
للتاديب اولعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب
المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص فيه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمهم الله غير ان عندهما
يستوفي حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان
الالة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرية في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل

خطا

خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش ولان الالة غير معدة للقتل ولا مستعمل
لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص
اثره ومنه المقصة للجلمان ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر
وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص
وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة ومن جرح رجلا عمدا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في
الظاهر فاضيف اليه واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك
فلا قود وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطا على ما بيناه والخطا بنوعيه لا يوجب
القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين
على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب
الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم
قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد
واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد
لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم عليه وفي
النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعن ابي يوسف رحمه الله
يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على
ما ذكرناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا اخر وفعل الاجنبي
معتبر في الدنيا والاخرة فصار ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون
التالف بكل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين
سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه
ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله
قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين

ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن
شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في الطريق
في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح
لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه
الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث
فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا وان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح
عندهما **قال** فان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية
في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه
قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله
فاشبه المكره ولابي يوسف رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان
اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة
لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف
مالا معصوما لحقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما
لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق القتل منهما بخلاف البالغ العاقل لان
له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية **قال** ومن شهر
على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف
لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته ومن دخل على غيره ليلا واخرج
السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح
له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من
الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كان يده اكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص

وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة
اليد لا تختلف بذلك **قال** وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية
المماثلة **قال** ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان
كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب يحمى له
المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو ماثور عن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن
المقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي
كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ
مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد
غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون النفس
شبه عمد انما هو عمد او خطاء لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف
باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد
والخطاء ولا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين
خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس
لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في
القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه
لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت فيه
وتجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش **قال** ومن قطع
يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن
اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط في الثاني وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى
الهلاك ظاهرا **قال** واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع
فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا

لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلى اذا
انصرم عن ايدى الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه
كما اذا رضى بالردى مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه او قطعت
ظلما فلا شىء له عندنا لان حقه متعين فى القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش
لانه اوفى بها حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى **قال** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة
ما بين قرنيه وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص
بمقدار شجته يبتدئ من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة
لكونها شينة فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفائه ما بين قرنى الشاج زيادة على ما
فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما
فى الشلاء والصحيحة وفى عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى الى غير
حقه وكذا اذا كانت الشجة فى طول الراس وهى تاخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفا
الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف **قال** ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر وعن
ابى يوسف رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض
وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل
ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف
قطع الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار
المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف
ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء
القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفى
له من اخيه شىء الاية على ما قيل نزلت فى الصلح وقوله عليه السلام من قتل له
قتيل فاهله بين خيرتين الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو
الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا

لاشتماله

٤٠٨

لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقليل والكثير فيه سواء لانه
ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكر حالا ولا مؤجلا
فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل فى امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانه
ما وجب بالعقد **قال** وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح
عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا
احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص
وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا
لمالك والشافعى رحمهما الله فى الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب
لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابى من عقل
زوجها اشيم ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن
ابن كان القصاص بين الصلبى وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد
الموت فى حق الارث او يثبت الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا او صلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص
سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان
الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما
واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس
للعافى شىء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث
سنين وقال زفر رحمه الله تجب فى سنتين فيما اذا كان بين شريكين عفا احدهما لان
الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل
الى ثلاث سنين فكذا بعضه والواجب فى اليد كل بدل الطرف وهو فى سنتين فى الشرع
ويجب ماله لانه عمد **قال** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر
رضى الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب
غالب والقصاص من زجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة

قلت وانما يقتص من جميعهم اذا
وجد من كل واحد منهم جرح
صلح لزهوق الروح فاما اذا
كانوا نظارة او مغريق او معينين
بالامساك والاخذ لا قصاص
عليهم شرح زاهدى

فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل له
وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل للاول منهم ويجب للباقين المال
وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل
لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل
واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم
قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه
وجد من كل واحد جرح صالح لازهاق الروح فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به **قال** ومن
وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد
الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي رحمه الله اذ الواجب احدهما عنده **قال** واذا قطع
رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال
الشافعي رحمه الله يقطع يداهما والمفروض اذا اخذ سكينا وامراه على يده حتى انقطعت
له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ
فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان
القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من مفصل في حيز
الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث **قال** وعليهما نصف الدية لانه
دية اليد الواحدة وهما قطعاها ولو قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده
وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي
في التعاقب يقطع للاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها
للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة
ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص
ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت

الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته
لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية
لانه اوفى به حقا مستحقا **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رحمه الله لا يصح
اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه
مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح
اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن
رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على
عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى الى الصيد فاصاب آدميا والفعل
يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا
قبل ان تبرأ يده او قطع عمدا ثم قتله خطا او قطع يده خطا فبرأت ثم قتله خطا او قطع يده
عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات
واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يكون بضربات متعاقبة وفي اعتبار
كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع
في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع
للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كان خطاين يجمع بالاجماع لامكان الجمع ويكتفى
بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال
اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا
يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر
اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل
وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة
السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف
ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب الدية

وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر
الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة
فلا يجتمعان اما القتل والقطع قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط
فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق
الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت
ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكم عدل وعن
محمد رحمه الله تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة
العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل
فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع
وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان
كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو
عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان
العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو
عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن
القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة
كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله
بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه
ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان
في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان
الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب
له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف
العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ
فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذ بذلك اطلاقه الا انه ان كان

خطأ فهو من الثلث واذا كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به
حق الورثة لما بينا انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال
وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده
ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة
لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على
ما يحدث منه ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وانه ليس بمال
فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج
وان كان يتضمن العفو على ما بيناه لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة فاذا
سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب
القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة اذا كانا على السواء
فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع
خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد فاذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان لا شيء
وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية
تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية
ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا
فيجب مهر المثل على ما بيناه فصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل
القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط
ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث
ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر
المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح
في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون
عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من
اهل الوصية لانهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من ثلث تسقط وان لم تخرج

يسقط ثلثه وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا انزجا على اليد
لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال
ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان
الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود
لمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابى يوسف رحمه الله انه يسقط
حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم
على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبريا عنه
بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي بالقصاص
او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه
استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف
لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء
او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع
وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان
يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا فاذا سقط وجب المال وانما
لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض لما انه تصرف
فيه واما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم
وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرا الصحيح انه
على الخلاف اذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف
هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف
لانهما تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص

اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد
وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح
افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب
المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما
في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغايب فانه يعيد البينة عند ابى حنيفة
رحمه الله وقالا لا يعيد فان كان خطا لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على
الآخر لهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا
يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص
طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين
والدية لانه اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه
واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الغايب فيعيد البينة بعد
حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغايب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص
لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو
عن الغايب فينتصب الحاضر خصما عن الغايب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد
الرجلين غايب فهو على هذا لما بيناه قال وان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم
على آخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما
وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه
لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه
وهو ينكر فلا يصدق في حقه ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا

كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على نفسهما بسقوط حق القصاص فقبل وادعيا
انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان
دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان
سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية
للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب
فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي
ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب
الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه
ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي
كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل
في زمان او مكان آخر فالقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد
ويختلف احكامها فكان على كل قتل شهادة فرد وكذلك اذا قال احدهما قتله بعصا وقال
الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله
وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة
لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق
والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم المشهود عليه
سترا عليه او لو اكذبهم في نفي العلم ظاهرا ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا
في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم
العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا
فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه
جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب
القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض
ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل

شهادته

٤١٧

شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع
صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة الرمي

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه
فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان
يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم
ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في
حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط
للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه
في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم
المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه
مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه
فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله لان
العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه
يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية
اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه
فلا يجب به ضمان فلا يخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا
في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم
فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي
وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه
وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي

هو الذكاة فيعتبر الاهلية والاسلام عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شي عليه لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه فى اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به النص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما فى البطن لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة فى الخطا لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعى رحمهما الله ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية خلفات كلها فى بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها فى بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم فى نفس المؤمن مائة من الابل وما رووه غير ثابت لاختلاف الصحابة فى صفة التغليظ وابن مسعود رضى الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا فى الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية فى غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية فى الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه واخذنا نحن والشافعى به لروايته ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى قتيل قتل خطا اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطا لان الخاطى معذور غير ان عند الشافعى

يقضى

يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعى رحمه الله من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه ان النبى عليه السلام قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضى الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشى معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها فى غيرها وذكر فى المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة او مائتى بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله عنه ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وقال الشافعى رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف فى النفس فكذا فى اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمى سواء وقال الشافعى رحمه الله دية اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانى مائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعى رحمه الله ما روى ان النبى عليه السلام جعل دية النصرانى واليهودى اربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانى مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذى عهد الف دينار وكذا قضى ابو بكر وعمر رضى الله عنهما وما رواه الشافعى لم يعرف رواته ولم يذكر فى كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك رحمه الله فانه ظهر به عمل الصحابة رضى الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال وفى النفس الدية وقد ذكرناه قال وفى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية والاصل

فيه ما رواه سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل
في الاطراف انه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب
كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء
رسول الله عليه السلام بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينشعب فروع كثيرة
فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع
المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو
واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام
لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم
على عدد الحروف وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل
ان قدر على اداء اكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاخلال وان عجز عن
اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت
به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي
هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة
الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية
لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه
او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه
قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي
اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت منفعة الجمال قال وفي شعر الراس الدية
لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمهما الله يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك
زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر
الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها
جمال وفي حلقه تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصين وكذا شعر الراس

414

فيه ما رواه سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم
والاصل في الاطراف انه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي
جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه
لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن حسن رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على
الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي
الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج
ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه
وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة
عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه
معنى الجمال وهذا كله اذا افسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء
لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله
لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما
يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور
وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة
عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي
الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي
في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد
من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه
وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء
تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية قال وفي ثدي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة
وفي احدهما نصف دية المراة لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث يجب حكومة عدل

لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة ولا الجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس
منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين
الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا
كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا
لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن
العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان
في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلث ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر
والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشئ واحد
وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين
عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فيقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء
لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال
وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما
عشر اصابع فيقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي
احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو
نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام
في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس
سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها
في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان
كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته
ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس
المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس
المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة

لاشئ عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج
عشر الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي
التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة
وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي
تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم
اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي
تحوله والامة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة
القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه
يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص
في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان
فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال
محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن
اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها
بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك يقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره
فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله
قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية
فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان
النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي
المنقلة خمسة عشر وفي الامة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت
الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما

من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جايفة ثلث الدية فلهذا اوجب
فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال
هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروى عن ابى يوسف رحمه الله
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة
وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لا جناية
مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان
فى غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت
فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان
التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها بمعنى الشين
الذى يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان
هذان لا سواهما فاما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله
حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة
ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد
يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجايفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف
البطن وتفسير حكومة العدل ما قاله الطحاوى ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر
وان يقوم به هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر
القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه
يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفى اصابع اليد نصف الدية لان
فى كل اصبع عشر الدية على ما رويناه فكان فى الخمس نصف الدية ولان فى قطع الاصابع
تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال فان قطعها مع الكف
ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى احديهما نصف الدية ولان الكف
تبع للاصابع لان البطش بهما وان قطعهما مع نصف الساعد ففى الاصابع والكف نصف

الدية وفى الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل
فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع
دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما
عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شئ فى الكف وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله
وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل فى الكثير لانه لا وجه
الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما
اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش
يقوم بها واوجب الشرع فى اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى
من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان فى الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شئ
فى الكف بالاجماع لان الاصابع اصول فى التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما كانت
الاصابع قائمة باسرها قال وفى الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمى لانه جزء
من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفى عين الصبى وذكره
ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعى رحمه الله تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة
فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها
لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن
الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس
بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل
به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ فى العمد والخطاء قال ومن شج رجلا فذهب
عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة فى الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء
فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط و
الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فيدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع

رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلون
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية
السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة
مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء
على ما بيناه وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق
قال وفي الجامع الصغير من شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في
ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص
قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل
ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية
في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك
خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله قال ولو قال اقطع المفصل واترك
ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع
موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في
الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا يتعدى الى
الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان
الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته
شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه بخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله
يقتص من الاول وفي الثانية ارشهما والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة
عن محمد رحمهما الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص

فيما

فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخرى
لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية ان سراية
ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد
وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا يرى ان الشجة بقيت
موجبة في نفسها ولا قود بالتسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى فانقلبت الثانية
مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة رحمه الله ولو اوضحه
موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط
الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث
نعمة مبتدأة وله ان الجناية انعدمت
معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم تفت عليه منفعة
ولا زينة وعن ابي يوسف رحمه الله انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره
فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به
اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن
نزع سن رجل فانتزع المنزوع سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه
خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت
مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع كان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك
للقصاص لان في اعتبار ذلك الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول
ولم ينبت قضينا بالقصاص واذا نبت تبين انا اخطانا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب
القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو
اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول
للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا
حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل
الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف

انه يجب حكومة عدل وسنبين الوجهين بعدها ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمرت او اخضرت قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او شبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرا منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثر فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي رحمه الله يقتص في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله يجب حالا لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الآدمي بالمال لعدم

التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به موجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته على غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطا وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لان العمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل واحد منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة ابتداء فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه صلى الله عليه قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه فقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس

من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية كاملة بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رحمه الله يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره ان شاء الله فيصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال

ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله يجب لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم لان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على اخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه فان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه

ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف
وهدر النصف لما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال
ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق
ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان
فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه
لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح فعله
وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر
رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان
عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا من العمل لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه
انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه
فاقتصر عليهم ولو سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى
استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه
وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد
فيه لالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد
او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة
قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه
لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة
وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور
على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر
في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته
فتعقل به انسان بعد فراغه ومات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط
الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع

حجرا

حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن
ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب
واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب
بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى
عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق فتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو
وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ
لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في
الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له
الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي
الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق
العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا
اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له
او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او كان مشتركا بان كان في
سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع
فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب
اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر
ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو
ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر
اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في
غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار
كما اذا امر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع
به على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع للغرور وهنا
يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر

متعدٍ فيترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور
فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان
كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة
والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل
اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل
القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدٍ هو تسبيب
والثاني تعدٍ هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة
كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا
اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا
اللفظ يشمل الوجهين والفرق وهو ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف
السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا
وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان
المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل
لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
في الوجهين لان هذه من القرب وكل واحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما
اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق
بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة
اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق
كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال وان جلس
فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم

او للصلوة

او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث
فهو على هذا الخلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق
لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس
مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا
كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا عجب ان يكون
الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي
في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل
من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر
الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين
وطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن
ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط
هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل
الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه
في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع
ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل
الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ
فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين
لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب ديته
وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي
الى الاستيصال والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان
العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد

ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهى الحايط لانعدام التعدى ولو بنى الحايط مايلا فى الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدى ابتداء كما فى اشراع الجناح وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك فى مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوى ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمى لان الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به

قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضى او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليها وقبضها المشترى برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشترى لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصى والى اب اليتيم وامه فى حايط الصبى لقيام الولاية وذكر الامام فى الزيادات والضمان فى مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو فى عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة فى نصيبه

وان

وان كان لا يتمكن من نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضى ولو سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحايط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بيرا او بنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا على نصف الدية على عاقلته فى الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالذنب والرجل ليس يمكنه الاحتراز عنه مع التسيير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها فى الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف ان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه

قال وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثار غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان
او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لان في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب
لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما
ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير
فعطب انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب
ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها
ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة
من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصاب بيدها او برجلها والقائد
ضامن لما اصاب بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ رحمهم الله ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز بخلاف الكدم
لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون
النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه
النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال وفي الجامع
الصغير كل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو
تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب
الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما
وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة
مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير
الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث
والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن
السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة

الى

الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان
فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله
وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام
عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما
يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله
في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم
بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب
للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية
فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسألة الفعلان محظوران فوضع الفرق
هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية
تعلقت برقبته دفعا او فداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا
العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما عبدا والآخر حرا ففي
الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول
في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان
الآدمي وقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم
الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا
القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر
ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله
ضمن وكذا على هذا سائر ادواتها كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب
لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة
ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد
بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن

ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار
متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة
فيه وضمان المال في ماله فان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل
وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ
بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بين يديه لان القائد لا يقود
ما خلفه لسائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل
بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم به فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه
صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة
كما في القتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة
وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القيادة بمنزلة التسبيب
من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود
دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل
قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه
عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا فساقه فاصابت في فورها
لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق
فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو
ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل والفرق ان البهيمة مختارة في فعلها
ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست
في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في
حق ضمان العدوان وذكر عن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا
لاموال الناس قال رضي الله عنه ذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين
فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها
ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا

اذا

اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد
لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه تمكن من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل
وهو السير فيقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نسانا او مالا
في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن
ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسلت بهيمة
فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق اخر لا يضمن لما مر
ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام
جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب
النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود
اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار
والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي
ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان
فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي
وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب
الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها
وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها ومن سار على دابة
في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت منه فصدمته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان
الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس
متعدي في تسبيبه والراكب في فعله غير متعدي فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان
واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعدي في الايقاف
ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب
فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعدي في تسببه وفيه الدية على العاقلة

ولو نخسها على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه
والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على
الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا شيء
عليه في نخسته لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه بمعنى
الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا
اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول
فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان
علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء
وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق
ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس
على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت
انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء
ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس
انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك
فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة
فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها
سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان صبيا
ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته
فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي

جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد
العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب
على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة
ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية
على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استئصاله
والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة
والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل
الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن
الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء
لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي
هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق
النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء
فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك
يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ
حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق
به فاذا خلي بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد
له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات العبد
بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى
كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل
كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي
الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية

لحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين اخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف سببها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها

قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قال المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل لان موجبه صيرورته مستحقا للعتق فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق

يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا
فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع
يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك قال
العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد
ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر هنا
جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه
ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد
ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية
بل يقررها حيث صالح عنها على مال واذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما
اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف
درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة للاولياء الجناية لانه
اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك
عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع
للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها
المولى الى الغرماء ولان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وهنا
يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما قال واذا استدانت الامة
المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق
ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة
بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها فانما تلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو
الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل
زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا كذلك الرجل خطا فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه
فقد ادعى الدية على العاقلة وابرا العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا
اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد

٤٢٧

لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية
العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امراتي وانا صبي
او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امراتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول
قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر
وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي
القائم انه بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهو منكر فالقول قول المنكر فلهذا
يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره
فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة
فالقول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي
مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن وبخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته
المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل
الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى
عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر
وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر
قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان
عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال
وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى
القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء
وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد
القاتل صغير لان عمده خطا اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل
العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد ولي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه

لى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب
مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط
نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي
العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف
لولي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي
العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه
لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه
لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة
واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق
العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب
هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال
واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ
قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احدهما
بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله الجواب فيه كالجواب
في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رحمه الله في المسئلتين ان القصاص يثبت
في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما
انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف الآخر
في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا
وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال له ادفع نصف نصيبك او افده
بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضي منه
ديونه وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على
عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه **فصل** ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته

لا يزاد

لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا
قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل
المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل
القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهو اسم للواجب بمقابلة الآدمية
ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال
وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك
امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته
رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا
لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد
نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص
هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد
لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها
عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية ومن قطع
يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا
اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا قصاص في ذلك
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في
الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه
فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين

بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت
من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله في الخلافية
وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار
احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما
يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له
وطئها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع
فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم
والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا
معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير
ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ
دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى
اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه
اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له
فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق
لما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند
محمد رحمه الله في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما
فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة
ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه
على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان
فاعتبرناه اظهارا محضا وواحد منهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك
ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف

فاثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون
الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته
وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه
وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان
مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان
المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا
كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب
ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف
عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين
لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه
الذي قلناه فاعتبرنا المالية كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء
المالك دفع الثوب وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة
في الذات فالآدمية غير مهدرة في الذات وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر
يؤمر المولى بالدفع او الفداء فالآدمية غير مهدرة فيه وهذا من احكام الآدمية لان موجب
الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن
احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل

في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن
ارشه لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه
في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو
لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من
المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره
الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء
وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة

ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته
لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع
المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة
بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء
على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء
ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا
لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته
يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطال ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين
واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع
فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد
مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان
موجب جنايته الخطا على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والجناية في ذلك

ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته
اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق
ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد
القاطع في الفصل الثاني وكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه
استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال وان غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا
عليه ومات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق
اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع
الا رقبة واحدة فلا تزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال
ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق النصف بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف
العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة

وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك
رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه
لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا
ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب
كان في يد الغاصب قال واذا كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى
قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف
حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على
الغاصب في هذا بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى
جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول
ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه
الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل
يدفع المولى العبد وفي الفصل الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير
فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع
نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم
المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه
الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل
ذلك اليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان
في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع
اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسألة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها
في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس

عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس
ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان
مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان
انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى
مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو
متعد وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر
في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع
تغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا قال واذا اودع
صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين فعلى هذا اذا اودع العبد
المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد
العتق وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة
في العبد والصبي وقال محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير
وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان
التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان
كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت
حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام
غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف
البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته
لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي
لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير
ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب

باب القسامة

اذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا وقال
الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية
على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت
الدعوى في العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير
عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا
في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان
اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع
شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة
وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق
وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به
النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين
حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين
الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون
تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما تفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في
قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف
الولي وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم
اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا
انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم
وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء

عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا
بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم
او وجب بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطا ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف
لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في
الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على
البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطا لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض
باعيانهم سنذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى
تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر
اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين
واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام
امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احد فليس له ذلك لان المصير
الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول
الصحيح واليمين قول صحيح قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها
وان وجد ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت
حياته بسبب مباشرة حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال
القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به
جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل
من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق
عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او
النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول
او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم

عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس
ببدن ولا ملحق به ولانا لو اعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان
والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان
بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب
على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على
اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية
عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل
ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل
في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو
على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل بين قريتين فامر ان يذرع
وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان
يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول
على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة
وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده و
الدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك
عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير
يكون بالسكنى كما يكون بالملك الا يرى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى
الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر
فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على
اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل

جانيًا مقصرًا والولاية باعتبار الملك وقد استويا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة
البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة
رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقى واحد منهم فكذلك يعنى من اهل
الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت
اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم قال واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورًا وان كانوا غيبًا
فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل
المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه
فى القسامة قال وان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقى
فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير وكانوا سواء فى الحفظ
والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارًا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البايع وان كان فى البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده
وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار
فعلى عاقلة الذى تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من
له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون
المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك
كما فى صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ
باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى البات اليد للبايع قبل القبض وكذا
فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار
له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبايع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب
فيعتبر يده اذ به يقدر على الحفظ قال ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله
العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذى فى يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل

عنه

عنه واليد وان كان دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية على العاقلة كما لا
تكفى لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد
القتيل فى سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها فى ايديهم واللفظ
يشمل اربابها حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك
وغير المالك سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روى عن ابى يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة
تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل
قال وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد
فى المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة
لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد
فى السوق ان كان مملوكا فعند ابى يوسف رحمه الله تجب على السكان وعندهما تجب على المالك
وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد
فى السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابى يوسف رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان
وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا
يتناصرون ولا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه
يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهو مختلف فيه بين ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله قال وان وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا
من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير
وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين
قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه
ليس فى يد احد ولا فى ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان
على التفسير الذى تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط
فى يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم بخلاف النهر
الذى يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية

عليهم وان ادعى الولى على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه
وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال واذا ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه
الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي
ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم
وانما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان
اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولى فاذا ادعى القتل على غيرهم
امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على
اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعى الاولياء على اولئك او على رجل
بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال
ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه اما يسقط
به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل فى معسكر اقاموا بفلاة من الارض
لا ملك لاحد فيها فان وجد فى خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان
خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا
قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا
وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك
عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لابى يوسف رحمه الله وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه
بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين
فبقى حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم
انه قتل لم يقبل شهادتهم وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا
خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قائلين للتقصير الصادر منهم فلا يقبل شهادتهم
وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضى الله عنه

وعلى

وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل
المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا
والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابى يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا
ولا يزادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح فى قبيلة فنقل الى اهله
فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا
قول ابى حنيفة وقال ابو يوسف رحمهما الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذى حصل فى القبيلة
او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل
الموت وصار قتلا ولهذا اوجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل
ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان
الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذى حمله فى قول ابى يوسف رحمه الله وفى قياس قول
ابى حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهى
القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته
لورثته عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شىء فيه لان الدار
فى يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء
على ظهور القتل ولهذا لا يدخل فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت
الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث
فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الاخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمن لانه
يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابى يوسف رحمه الله ان الظاهر
ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل فى محلة ولو وجد قتيل فى قرية
لامرأة فعند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب
القبائل اليها فى النسب قال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب
على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبى ولهما ان القسامة لنفى التهمة

مطلب
فى قتل الجرح من الوارد القبيلة ثم مات

ونفي التهمة من المرأة متحقق قال المتأخرون رحمهم الله ان المرأة يدخل مع العاقلة في التحمل في
هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيل في ارض رجل الى
جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه اخص بنصرة ارضه
من اهل القرية

كتاب المعاقلة

المعاقل جمع معقلة
وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسك قال والدية
في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون
يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة
قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة
لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه
الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه
العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة
فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل
من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم
الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على اهل
العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى
بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل
الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير
معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد
وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان
اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا بالحلف فاهله والدية صلة كما قال
لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي
عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطايا للتخفيف والعطاء
يخرج في كل سنة مرة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول

المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين
الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على
ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل
يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها
في سنة واحدة واذا كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة
وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في
الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في
ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان
التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع
ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث
سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت
القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها
من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته
بهم وهي المعتبرة في المعاقلة قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم
في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى
انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد كل واحد من جميع
الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم
وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم يتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل
معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف فيضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة
ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما
يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك
اهل الراية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب

وتفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل
واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة
دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هى احط رتبة منها الا ترا انها لا توخذ من اصل
المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق
بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطايا
قايم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت رزقهم يخرج فى كل سنة فكلما خرج
رزق يوجد منه الثلث بمنزلة العطايا وان كان يخرج فى كل ستة اشهر وخرج بعد
القضاء يوجد منه سدس الدية وان كان يخرج فى كل شهر يوجد من كل رزق بحصته من
الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر
اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق فى كل شهر واعطية فى كل سنة
فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق
لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا فى الديوان قايمين بالنصرة فيتيسر
عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يودى كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى
لاخراجه ومواخذة غيره وقال الشافعى رحمه الله لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا
للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك الجزء
ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس
على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل لقول عمر رضى الله عنه لا يعقل مع
العاقلة صبى ولا امراة ولان العقل يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون
بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهى الجزية وعلى هذا
لو كان القاتل صبيا او امراة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية
على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من
العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبى عليه السلام ورضى عنهن ولا يعقل اهل
مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان

عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر
ويعقل اهل كل مصر عن اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر
استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة
وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء والقرب بالسكنى
وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل
المعاقلة ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له فى الديوان عطاء واهل البادية اقرب
اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر لم يشترط ان يكون بينه
وبين اهل الديوان من ذلك المصر قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل
المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل
العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفى الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية
اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت
القدرة على النصرة لهم فصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن
له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية
لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة
يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام
الاسلام فى المعاملات لا سيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فى
حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه
كما فى حق المسلم لما بيناه ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت
فاذا لم يوجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى
بالدية عليه فى ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس
بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم
وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة

اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف
رحمه الله لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحُوّل ديوانه الى البصرة
ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته
من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته
اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب
هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته فاذا كان كذلك
يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء
فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل يؤخذ من عطاياه بالبصرة لانها يؤخذ من العطاء وعطاؤه
بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب
لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان
فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض
عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل
عنه وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية
قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطايا حيث يصير الدية في
اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لان قضاءها في
اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية يقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر
اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء
بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى
ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله
عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر
به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا يعقل العاقلة اقل
من نصف عشر الدية ويتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما

موقوفا

موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا
صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز
عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال
وما نقص من ذلك فهو يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل
على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه
بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل
على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم
فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا يعقل العاقلة جناية العبد ولا ما يلزم بالصلح
او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور
الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على
انفسهم ومن اقر بقتل خطا ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في

ولم يرفعوا

ثلاث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار
اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة
وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا
ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق
العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطا كان على عاقلته لانه بدل النفس
على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه بدل المال عنده
ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمل العاقلة لانه سلك به
مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال
اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
هم اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال
فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية

فى ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا
ان العاقلة يتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن
الملاعنة تعقل عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم اعاده
الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة
الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب
لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا
ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذلك ان مات
المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة
لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته
فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله
فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفى مال الآمر
ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر او على عاقلته لان
الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله
متفرقة والاصل الذى يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء
بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل
دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجانى
ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى
لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية واذا كانت العاقلة
واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه
فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير والاضداد

كتاب الوصايا

باب فى صفة الوصية ما يجوز من ذلك

وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة وهى مستحبة

والقياس

والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل
ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور
بامله مقصر فى عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط
بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلى ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالى وفى شرع
الوصية ذلك فشرعناه ومثله فى الاجارة بيناه وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما
فى قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة
وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم فى اخر اعماركم زيادة لكم فى اعمالكم
تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبى فى الثلث من غير
اجازة الورثة لما بيناه وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا يجوز بما زاد على الثلث
لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى
وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه
عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق
من الايثار على ما نبينه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة
على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع
لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم فى حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند
الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا
عنه لان الساقط متلاشى غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر فى حق
القايم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة يثبت عند الموت وقبله يجرد الحق فلو استند
من وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت
الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى
عندنا وعند الشافعى رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصى والاجازة
رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا يجوز للقاتل

عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره
الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف
اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي يبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه
ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان
جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع
بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه
لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى البعض
بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير
وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة
من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض
للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة
ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورثة
بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم
للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني
لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد
الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حالة الحيوة او ردها فذلك باطل
لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب
ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب
بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية
باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك
اولى لما فيه من الصدقة على القريب فقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم

فالوصية

فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب فالاولى اولى لانه يبتغى بها
وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين
الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله هو يقول
الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا
الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه
بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها
هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو
ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته
استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بيناه ان الملك موقوف على القبول فصار
كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي
قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل
في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى
وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين
فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق
الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي
وقال الشافعي رحمه الله تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع
او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بالصرف الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ
يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته
قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته
في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه
والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال
اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا
اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت

فثلث الفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال
سقوطه قال ولا يصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا تقبل التبرع وقيل
على قول ابى حنيفة رحمه الله لا يصح وعندهما يصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيهما معروف عرف فى موضعه قال ويجوز
الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صلح خليفة فى الارث فكذا
فى الوصية اذ هى اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك
محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثانى فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا
علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح فى غير الموجود كالثمرة
فلان يصح فى الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء
لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية
صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح
افراده بالعقد صح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه
وقد مر فى البيوع قال ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع
عنه كالهبة وقد حققناه فى كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح
ابطاله قبل القبول كما فى البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان
رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت فصار
كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان فى ملك الغير ينقطع
به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل فى كتاب الغصب وكل
فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق
يلته بسمن والدار يبنى فيها الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه
لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل فى ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار

الموصى

الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف فى التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع
كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا فى ملكه واذا
ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا
المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطى ثوبه غيره
يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فاولى
ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك واذا كان
ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى
والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها
لفلان فهى حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعى بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال
فهى باطلة لانه الذاهب المتلاشى ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذى اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به
لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن
الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى فالوصية
الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم يتحقق فبقى الاولى ولو كان
فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل الموصى فهى للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع
والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه
تضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا فى سبب
الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث
وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلى بسبب صحيح وضاق الثلث عن
حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما فى اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة اسهم سهم

لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلث ماله ولم يجز الورثة
فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة
والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية
وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل
ثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع
لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل
لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اوصى بعين من تركته قيمته
يزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك
الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا اخر بطلت الوصية وفي الالف المرسلة
لو هلكت التركة ينفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى
بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير
لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره
وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل
ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص
عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب
احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا
لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد
عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه
وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم
في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا
كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم
لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام

الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر
له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا
بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن
اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله
فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك
يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان
في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية
مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه
لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو
يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس
مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري
فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك
الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل
هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه
بالفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث
العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه فان لم يخرج
دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له
شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان
الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما تعتدل النظر بما ذكرناه
قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس
باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف

الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث
مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل
منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث
ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب
مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا
لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا
انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت
وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ المال تصح فكذا اذا
كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي
وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ
ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته
الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة
علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم
علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا
يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين
فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد
رحمه الله يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة
والفقراء والمساكين جنسان وفسرناها في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان نجد ذلك في القران وكان لكل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا
يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال
الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة
للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما

وعند

وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما
وعند محمد رحمه الله لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل
بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة
لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا
مائة بخلاف ما اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق
المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا
باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته
فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول
وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان
المدعي لا يصدق الا بحجة فيتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان
انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته
فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا
فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة
قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين اعلم بمقدار هذا الحق
وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد
الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا
صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية
في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شايعا في النصيبين
فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق

فی قدر حقه وعلی کل فریق منهما الیمین علی العلم ان ادعی المقر له زیادة علی ذلک لانه یحلف
علی ما جری بینه وبین غیره قال ومن اوصی لاجنبی ولوارثه فللاجنبی نصف الوصیة ویبطل وصیة
الوارث لانه اوصی بما یملک الایصاء به وبما لا یملک فصح بالاول وبطل فی الثانی بخلاف ما اذا اوصی
لحی ومیت لان المیت لیس باهل للوصیة فلا یصلح مزاحما فیکون الکل للحی والوارث من اهلها ولهذا
یصح باجازة الورثة فافترقا وعلی هذا اذا اوصی للقاتل وللاجنبی وهذا بخلاف ما اذا اقر بعین
او دین لوارثه وللاجنبی حیث لا یصح فی حق الاجنبی لان الوصیة انشاء تصرف والشرکة تثبت
حکما له فیصح فی حق من یستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن کائن وقد اخبر بوصف الشرکة فی الماضی
ولا وجه الی اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الی اثبات الوصف لانه یصیر
الوارث فیه شریکا ولانه لو قبض الاجنبی شیئا کان للوارث ان یشارکه فیبطل فی ذلک القدر
ثم لا یزال یقبض ویشارکه الوارث حتی یبطل الکل فلا یکون مفیدا وفی الانشاء حصة احدهما
ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال ومن کان له ثلاثة اثواب جید ووسط وردی فاوصی
بکل واحد لرجل فضاع ثوب ولا یدری ایها هو والورثة تجحد ذلک فالوصیة باطلة ومعنی جحودهم
ان یقول الوارث لکل واحد بعینه الثوب الذی هو حقک قد هلک فکان المستحق مجهولا وجهالته
تمنع صحة القضاء وتحصیل المقصود فبطل قال الا ان یسلم الورثة الثوبین الباقیین فان سلموا
زال المانع وهو الجحود فیکون لصاحب الجید ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجید وثلث
الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجید لا حق له فی الردی بیقین لانه
اما ان یکون وسطا او ردیا ولا حق له فیهما وصاحب الردی لا حق له فی الجید الباقی بیقین لانه اما
ان یکون جیدا او وسطا ولا حق له فیهما ویحتمل ان یکون الردی هو الردی الاصلی فیعطی من محل
الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجید وثلثا الادون لم یبق الا ثلث الجید وثلث الردی فیتعین حق صاحب
الوسط فیه بعینه ضرورة قال واذا کانت الدار بین رجلین اوصی احدهما ببیت بعینه لرجل
فانها تقسم فان وقع البیت فی نصیب الموصی فهو للموصی له عند ابی حنیفة وابی یوسف رحمهما الله وعند محمد
رحمه الله نصفه للموصی له وان وقع فی نصیب الاخر فللموصی له مثل ذرع البیت وهذا عند ابی یوسف

وقال

وقال محمد رحمه الله مثل نصف البیت لانه اوصی بملکه وبملک غیره لان الدار بجمیع اجزائها مشترکة
فینفذ الاول ویتوقف الثانی وهو ان ملکه بعد ذلک بالقسمة التی هی مبادلة لا تنفذ الوصیة السابقة
کما اذا اوصی بملک الغیر ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البیت فی نصیب الموصی تنفذ الوصیة
فی عین الموصی به وهو نصف البیت وان وقع فی نصیب صاحبه له مثل ذرع نصف البیت تنفیذا
للوصیة فی بدل الموصی به عند فواته کالجاریة الموصی بها اذا قتلت تنفذ الوصیة فی بدلها بخلاف
ما اذا بیع العبد الموصی به حیث لا یتعلق الوصیة بثمنه لان الوصیة تبطل بالاقدام علی البیع علی
ما بیناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصی بما یستقر ملکه فیه بالقسمة لان الظاهر انه یقصد الایصاء
بملک منتفع به من کل وجه وذلک یکون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملکه
فی جمیع البیت اذا وقع فی نصیبه فتنفذ الوصیة فیه ومعنی المبادلة فی هذه القسمة تابع والمقصود
الافراز تکمیلا للمنفعة ولهذا یجبر علی القسمة فیه وعلی اعتبار الافراز یصیر کان البیت ملکه
من الابتداء وان وقع فی نصیب الاخر تنفذ فی قدر ذرعان جمیعه مما وقع فی نصیبه اما لانه عوضه
کما ذکرناه او لان مراد الموصی من ذکر البیت التقدیر به تحصیلا لمقصوده ما امکن الا انه یتعین
البیت اذا وقع فی نصیبه جمعا بین الجهتین التقدیر والتملیک واذا وقع فی نصیب الاخر عملنا
بالتقدیر او لانه اراد التقدیر علی اعتبار احد الوجهین والتملیک بعینه علی اعتبار الوجه الاخر
کما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد فی جزاء الطلاق مطلق الولد وفی
العتق ولد حی ثم اذا وقع البیت فی نصیب غیر الموصی والدار مائة ذراع والبیت عشرة اذرع یقسم
نصیبه بین الموصی له والورثة علی عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصی له وهذا عند محمد رحمه الله
فیضرب الموصی له بخمسة اذرع نصف البیت وهم بنصف الدار سوی البیت وهو خمسة واربعون فیجعل
کل خمسة سهما فیصیر عشرة وعندهما یقسم علی احد عشر سهما لان الموصی له یضرب بالعشرة وهم
بخمسة واربعین فیصیر السهام احد عشر للموصی له سهمان ولهم تسعة ولو کان مکان الوصیة اقرار
قیل هو علی الخلاف وقیل لا خلاف فیه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار بملک الغیر صحیح حتی ان
من اقر بملک الغیر لغیره ثم ملکه یؤمر بالتسلیم الی المقر له والوصیة بملک الغیر لا یصح حتی لو ملکه بوجه
من الوجوه ثم مات لا یصح وصیته ولا ینفذ قال ومن اوصی من مال رجل لاخر بالف بعینه

فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوا اسقطوا حقهم فنفذ من جهة الموصي واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له يضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهو في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيتقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رحمه الله ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا

القبض

القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا يرى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار وان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا يصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب

فذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ
فهو وصية مكان قوله جايز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا
لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث
لتعلق حق الورثة به وكذا ما ابتدا المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية
لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته
اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد
فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال
الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما
فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين
والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته
في الثلث لا تقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير
الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى
فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا تقدم
البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها فلا
بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد
المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا
دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا
قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما
اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى
ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما
العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم

لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية بالحجة يحج عنه بما بقي من حيث
بلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله
انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصي
وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار
كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر
مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم
يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا يقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق
وهذا اشبه ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه
فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد
وقعت باكثر من الثلث الا انها يجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه فلهذا
لا سعاية عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية
لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك
من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه
الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت
الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث
ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة
وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث
شيء او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد
العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا فالقول
قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان
الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمته

العبد لانه لا مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك
في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب سعاية وان كان
على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض
يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل
البطلان ويدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة
المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت
الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل

قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها
الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه
البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر
انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين
عن ابي يوسف رحمه الله وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الاولى انهما
وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال
والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها
في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى
هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي
لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان
للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل

الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فينفرد
كما ينفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا
لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما
هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب
عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه
امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها
ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية
بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث
بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع
قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كان من
اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على
ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم
ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار
ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم
يسمون جيرانا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من
سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك
عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا
ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن
قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج
صفية رضي الله عنها اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار

النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم
محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي
والمرأة في نكاحه او في عدة من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق
باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه
فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه وكذا المحارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا
في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد
لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم
محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة
وقالا الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك
الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب
فانه ادرك الاسلام ولم يسلم ولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد
بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تدارك ما فرط في اقامة
واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء
ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة
غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه
فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بالاب الاقصى في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب
الادنى قال واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا
للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين
فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية
كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز
الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا
وخالة فالوصية للعم والعمة بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة

فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه
او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة
بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتناول
كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى فاتوني باهلكم
اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم
تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لال فلان فهو لاهل بيته لان الال القبيلة
التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو
اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب من جهة الاباء وجنسه
اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب
الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون
دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكرهم وانثاهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية
تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي
في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا
اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث بطل الوصية
لانه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق
الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى
اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه
الاناث في قول ابي حنيفة رحمه الله اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع
وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام
لحقيقته بخلاف ما كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس
يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة
وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى سواء لان اسم الولد
ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين

لانه لما نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه

وله موالى اعتقهم وموالى اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعى رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية

لهم جميعا وذكر في موضع اخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى

فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا

فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول

الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض

ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هولاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة

الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابى يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق

لازم فيدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق

عجزه ولو كان له موال واولاد الموالى وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالى الموالاة

وعن ابى يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله

يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالى عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق

ولا يدخل فيهم موالى الموالى لانهم موالى غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون

اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز

فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه

والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالى اعتقهم لانهم ليسوا بمواليه

لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة

الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق

المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك

الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه

خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد

والدار

والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث

يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم

الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين

ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية

بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن

القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا

ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل

اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثى الدار وعن ابى يوسف رحمه الله ان لهم ذلك

لانه خالص ملكهم وجه الظاهر رواية ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر

للميت مال اخر تخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما بينهم في ايديهم اذا خرب ما في يده

والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصى

اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها

ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وانه لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة

الموصى بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه قال ولو اوصى بغلة عبده

او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في

تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية

بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم

اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها

بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعى رحمه الله

له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان

عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل

مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل

في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه

ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل
والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم لان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال
احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما يثبت هذه الولاية لمن يملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا
تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس
للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله
للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية ينفذ على ما يعرف من مقصود الموصي
فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا
كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره
يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم
او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال
يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل
ثلثها لم يكن له ذلك الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك للوارث
وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له
فيما تلاقيه القسمة اذ هو الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة
بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب
الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه
لاحدهما على الاخر فيعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة
فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا
اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت
ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر وهي تخرج من الثلث واوصى لرجل
بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى

ولاشئ

٤٤٩

ولاشئ لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين
عن الاخر فيما فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله الامة
للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رحمه الله ان بايجابه
في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد
وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي
فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد
ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة
كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص
فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما
نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني
بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستحقها الموصى له
بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف
ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب
لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات
وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل
ما عاش واوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم
والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة ينتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى
عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما غير موقوف
على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد
قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من
الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا
او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم

والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان فى الثمرة والغلة المعدومة
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق
الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواته لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق
بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع
تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودى او نصرانى بيعة او كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة
الوقف عند ابى حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان
هذه معصية فلا يصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف
ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره
كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا الوصية باطلة لان هذه
لان هذه معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى
تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة فى معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية
فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابى حنيفة
بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني
وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر
محررة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للبانى فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها
فلم تتحرر لتعلق حق العباد به وفى هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية
لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه فى غير ما هو قربة عندهم فيبقى
فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمى على اربعة
اقسام منها ان يكون قربة فى معتقدهم ولا يكون قربة فى حقنا وهو ما ذكرناه وما
اذا اوصى الذمى بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذا على الخلاف اذا كان لقوم

غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة فى حقنا ولا يكون قربة
فى معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجدا للمسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون
قربة فى حقنا وفى حقهم كما اذا اوصى بان يسرج فى بيت المقدس او يغزى الترك وهو من
الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة
حقيقة وفى معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم
كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية فى حقنا وفى حقهم
الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو فى
حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد
فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته بين ابى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفى المرتدة الاصح
انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل
الحربى بامان فاوصى لمسلم او ذمى بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق
الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم اموات
فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل
من ذلك اخذت الوصية ورد الباقى على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق
عبده عند الموت او دبر عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا
وكذا لو اوصى له مسلم او ذمى بوصية جاز لانه ما دام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة
الذمى ولهذا يصح عقود التمليكات منه فى حال حيوته ويصح تبرعه فى حيوته فكذا بعد
مماته وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد
الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمى باكثر
من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما
يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة
ولو اوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بيناه طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله اضرارا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه

ستبطل

ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبده وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف رحمهم الله وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم من الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان

حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت
انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي
منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف
ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي
لا يتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما
تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال
ولان اختيار الاب اياهما يوذن باختصاص كل واحد بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة
كل واحد ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح
لان السبب هناك القرابة وقد قامت لكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لهما على
الولد حتى لو طالبته بانكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا
بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه
فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة
لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال
الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام
الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك
وصاحب الدين اذا ظفر بجنسه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه
لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة
في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان
في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى
عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية الفوات

ولانه

ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس
لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد في عرفهم
وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف
الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وهذا لانه لما
افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند
الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا
اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا اخر نظرا
للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رحمه الله الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد
ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الميت
ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى
الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى
الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصيه
في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول
اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الولي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة
للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه
فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كان له ولاية
في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد يعتريه
المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل
لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال
ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث

خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة
الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد
هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل
وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء
الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان
له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية
الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان
الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على
الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي
لما بينا قال وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف
ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع
بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء
وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله ان محل
الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة
ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك
قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف
الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة
الى القاضي فقسمها والموصى له غايب فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات
الموصى له قبل القبول يصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى
والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغايب وقد
هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر
من الغرماء فهو جايز لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بغير محضر

من الغرماء

من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء
يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف
العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء واما هنا بخلافه قال ومن اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع
في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة
لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع
مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع
عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه
ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ
حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين
يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في
الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة
فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفيره كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل
وقد مر في القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم تكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على
الميت دين اخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض
الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان
خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان
فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن
الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه
يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش

منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشرا على وصي كتب
كتاب الوصية على حدة كتاب الشرا على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد
شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى
من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية
تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شي الا في العقار لان الاب
يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه
لا يملكه الاب على الكبير الغائب الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن
ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار محصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض
اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير و
الكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب
في تركة هولاء لان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال
والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع اقامه مقام
الاب حال عدم الاب حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء ينتقل ولاية
الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي
مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم يوص الاب
فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير
انه يتقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بينا **فصل في الشهادة** واذا شهد
الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا
لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا
من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه
بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي
قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران
الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشي من مال

الميت

الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به
قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما
ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية
الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير
التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها
واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل
ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم يجز وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رحمه الله
فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رحمه الله وعن ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله وجه القبول ان
الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين
احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لان الذمة
خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في
المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود
لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا
انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله
فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة
للشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه

قال واذا كان للمولود فرج وذكر فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان
كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال
من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة

على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب فان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران فلو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في حكم الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل فان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف

قدام

٤٥٥

قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلاث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف

المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد
والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا تضرب
بثلاثة وذاك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا يكون
المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف
وثلث واقل ذلك ستة ففى حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفى حال
اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك فى السهم
الزايد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف لتزول الكسر وصار الحساب
من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابى حنيفة رحمه الله ان الحاجة هنا الى اثبات
المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا
المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك فى وجوب المال
بسبب اخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا
فح يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا
واما واختا لاب وام هى خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هى خنثى فعندنا
فى الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقى للخنثى وفى الثانية للمراة الربع وللاخوين
لام الثلث والباقى للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسائل شتى

قال واذا قرى على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما فى الكتاب فاوى
براسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جايز ولا يجوز
ذلك فى الذى يعتقل لسانه وقال الشافعى رحمه الله يجوز فى الوجهين لان المجوز
انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى والعارضى كالوحشى والمتوحش
من الاهلى فى حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما يعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد
ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله
حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضى

على شرف الزوال دون الاصلى فلا يتقاسان وفى الابدة عرفناه بالنص قال واذا كان
الاخرس يكتب كتابا او يومى ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص
منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنى الا ترى
ان النبى عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب
والمجوز فى حق الغائب العجز وهو فى حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب
مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير
مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد
من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به الحكم
واما الاشارة فجعلت حجة فى الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد
ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى
الحدود ولانها حق الله تعالى وانما يندرى بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة
ولا يحد ايضا بالاشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود
والقصاص ان الحد لا يثبت بيان فيه شبهة الا يرى لو شهدوا بالوطى الحرام او اقر بالوطى
الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد
وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة
كساير المعاوضات التى هى حق العبد اما الحدود الخالصة لله شرعت زواجر فليس
فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر فى كتاب الاقرار ان الكتاب
من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك
فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب
فى الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للافة المانعة
ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهم
بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية
ولا ضرورة لانه جمع هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما

جحة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة والاشارة زيادة امر لم يوجد
في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين
بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قايمة وقيل هذا تفسير معتقل اللسان
قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان
كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة
يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان
يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير
ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان
التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار
ولنا ان الغلبة ينزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين
لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على
الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره
دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا ضرورة   والله اعلم بالصواب

والحمد لله رب العالمين والصلوة على محمد وآله واصحابه اجمعين تم انتساخ
الدفتر الثاني من كتاب الهداية بعون الله وحسن توفيقه ليلة اليوم الاربعاء
سبعة من شوال سنة سبع وتسعمائة على يد العبد الضعيف احمد بن
ابن بكي رزقه الله علما نافعا وعملا صالحا وغفر له ولوالديه ولجميع المؤمنين
والمؤمنات والمسلمين والمسلمات الاحياء والاموات وصلى بجلالك على اشرف
المسلمين محمد خاتم النبي وعلى آله وصحبه اجمعين برحمتك يا ارحم الراحمين

